Kritische Erörterungen zum Entwurf eines bürgerlichen ...

Ludwig Goldschmidt

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY.

Received June 9, 1900

Digitized by Google

Kritische Erörterungen

zum Entwurf eines

Bürgerlichen Gesetzbuchs

für das

Deutsche Reich.

Von

Dr. Ludwig Goldschmidt,

Privatdocent und Gerichts-Assessor zu Göttingen.

Erstes Heft:

Die formalen Mängel des Entwurfs.

Leipzig,

Verlag von Duncker & Humblot.

1889.

Digitized by Google

Rec. June 4, 1908.

Digitized by Google

Dem Geheimen Justizrat

Herrn Professor Dr. Rudolf von Ihering

zu seinem siebzigsten Geburtstag

in aufrichtiger Dankbarkeit und Verehrung

zugeeignet.

Digitized by Google

Vorwort.

Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches, mit welchem im vorigen Jahre das deutsche Volk beschenkt wurde, kann so, wie er vorliegt, unmöglich zum Gesetz erwachsen. Das wäre ein nationales Unglück. Allein ein noch größeres wäre es, wenn der Versuch, der von dem jungen Reiche unternommen wurde, ein neues einigendes Band um Deutschlands Stämme in einer einheitlichen Privatrechtsordnung zu schlingen, völlig vergeblich gewesen sein sollte. Vielmehr heißt es jetzt rüstige Arbeit aufwenden, um auf der Grundlage, die der Entwurf bietet, eine Ordnung aufzubauen, in welcher das deutsche Rechtsleben zu gedeihen vermag. An dieser großen Aufgabe mitzuwirken ist der Zweck der folgenden Blätter: sie sollen zu ihrem bescheidenen Teil das Material herbeischaffen helfen für eine Überarbeitung des Entwurfs, welche die neue Privatrechtsordnung zu einer ersprießlichen und segensreichen für das deutsche Volk gestaltet.

Der Kritik der materiellen Grundlagen des Entwurfs, für welche die folgenden Hefte bestimmt sind, ist in dem vorliegenden ersten Heft die Erörterung der formalen Mängel des Entwurfs vorangeschickt. Zum Teil hat sich dieser Aufgabe bereits Gierke in Schmollers Jahrbuch N. F. Bd. XII S. 843 ff. in meisterhafter Weise unterzogen. Soweit dies der Fall ist, habe ich die betreffenden Punkte nur, wo ich glaubte, neues Material beibringen zu können, berührt und auch dann nur möglichst kurz[1].

[1] Nicht mehr konnten zu meinem Bedauern für das gegenwärtige Heft benutzt werden die Fortsetzung des genannten Aufsatzes von Gierke (a. a. O. S. 1179 ff.), Zródlowskis Kodifikationsfragen, Labands Abhandlung im Archiv für civilistische Praxis Bd. 73 S. 161 ff. und Bekkers treffliche Bemerkungen über „System und Sprache" im zweiten Heft der „Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes".

Digitized by Google

Es werden den vorliegenden Erörterungen gegenüber sicher auch die durch dieselben angefochtenen Bestimmungen des Entwurfs zum Teil Verteidiger finden, und wenn kein weiteres, so würden dann die Erörterungen noch immerhin das Verdienst haben, eine eingehende Aussprache über eine Anzahl bedenklicher Punkte angeregt zu haben: nur aus solch selbstthätiger Anteilnahme Berufener kann das Material hervorgehen für die notwendige Umgestaltung des Entwurfs. Hoffentlich erschöpft sich jedoch das Verdienst der Erörterungen hierin nicht.

Göttingen, den 25. Januar 1889.

Ludwig Goldschmidt.

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

Seite

Erstes Kapitel: Die Sprache . . . . . 1— 53

Zweites Kapitel: Lehrhafte Abstraktionen und Distinktionen . . . . . 54—120

Drittes Kapitel: Lehrhafte Folgesätze . . . . . 121—169

Viertes Kapitel: Kuriositäten. — Was nun? . . 170—205

Zusammenstellung der erörterten Paragraphen des Entwurfs . . . . . 206—208

Digitized by Google

Abkürzungen.

Der „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, erste Lesung" ist schlechtweg als „Entwurf" bezeichnet.

Die §§ ohne weiteren Zusatz beziehen sich auf den Entwurf.

Die Motive zum Entwurf sind nach Band — I, II, III, IV, V — und Seite — mit arabischer Ziffer bezeichnet — citiert.

Digitized by Google

Erstes Kapitel.

Die Sprache.

Die Sprache, in welcher das künftige Reichscivilgesetzbuch nach dessen Entwurf zu dem deutschen Volk reden soll, ist bereits von zwei verschiedenen Seiten Gegenstand der Erörterung geworden, einmal ex professo von Gierke in seinem klassischen Aufsatz über den Entwurf[1] und alsdann mehr im Vorübergehen von Bähr in seiner lehrreichen Beurteilung des Entwurfes[2]. Beide kommen darin überein, daß die mit unverkennbarer Sorgfalt behandelte Sprache weder leicht verständlich noch volkstümlich ist, allein beide nehmen zu dieser übereinstimmend konstatierten Thatsache verschieden Stellung. Bähr führt folgendes aus[3]: „Leichtflüssig ist sie (die Sprache) freilich nicht. Mitunter glaubt man unser geliebtes Deutsch unter der Last des juristischen Ausdruckes schwer seufzen zu hören. Indessen wird man daraus dem Entwurf keinen Vorwurf machen, wenn man die Schwierigkeiten würdigt, die zu überwinden sind, um den vielgestaltigen Rechtsgedanken in unser Paragraphendeutsch hineinzuzwängen.

[1] Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, in Schmollers Jahrbuch, N. F. XII S. 843 ff.

[2] Zur Beurteilung des Entwurfes, in Krit. Vierteljahrsschrift Bd. 11 Heft 3 und 4 und Separatabdruck, nach welchem im folgenden citiert wird.

[3] a. a. O. S. 3.

Digitized by Google

Wenn das preußische Landrecht und der Code civil eine weit einfachere und natürlichere Sprache reden, so erkaufen sie diesen Vorzug dadurch, daß sie weit mehr auf der Oberfläche bleiben. Die oft sehr theoretisch klingenden Sätze des Entwurfs sind die Folge des Strebens, Kasuistik zu vermeiden. Je mehr das Gesetz sich von den konkreten Erscheinungen des Lebens fernhält, um so mehr ist es genötigt, sich in abstrakten, lehrbuchmäßig klingenden Sätzen zu bewegen ... Volkstümlich, d. h. in der Art brauchbar, daß man im Volke selbst das Recht daraus studieren könnte, wird das Gesetz trotz seiner deutschen Sprache niemals werden. Dazu ist es viel zu schwer verständlich. Aber auch hieraus ist dem Entwurf kein Vorwurf zu machen. Es ist eine Täuschung, wenn man glaubt, in diesem Sinne ein volkstümliches Recht schaffen zu können ..." Danach verkennt Bähr die Mängel der vom Entwurf beliebten Sprache nicht, hält sie aber als durch die Materie notwendig gegeben und darum unvermeidlich. Ganz anders stellt sich zu ihnen Gierke[1]. Derselbe sieht in dem Deutsch des Entwurfes eine direkte Sprachverderbnis, eine Verkünstelung und Entstellung der Gesetzessprache. Die Sprache des Entwurfes ist „nicht die Sprache, welche einem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch ziemt. Sie ist ein abstraktes Juristendeutsch, mehr Übersetzung als Urbild, unvolkstümlich und oft für den Laien vollkommen unverständlich; sie entbehrt der Kraft und Tiefe, der sinnlichen Anschaulichkeit und der überzeugenden Beredsamkeit; sie artet vielfach ins Doktrinäre, Pedantische, Verkünstelte und dann wieder ins Triviale, Seichte, Schleppende aus. Mit Bekümmernis muß es gesagt werden, daß niemals noch ein großes Gesetzbuch so gänzlich den Ton der Volksgesetzgebung verfehlt hat ... Ohne weiteres legte man jetzt an die bestehenden Gesetzbücher den Maßstab der Gemeinverständlichkeit an. Und wer seither von einem deutschen Gesetzbuche träumte, verlieh dem Bilde, das ihn umschwebte, unwillkürlich die Züge eines echten Volksbuches. Hat sich die Welt inzwischen so verwandelt, daß

[1] a. a. O. S. 858, 898, 899.

Digitized by Google

sich das deutsche Volk geduldig ein Gesetzbuch auferlegen lassen wird, dessen Sprache kaum weiteren Kreisen den unmittelbaren Zutritt zu den Quellen des Rechtes eröffnet, als es eine Verweisung auf das Studium des corpus iuris thäte? ... Der Entwurf ist von vornherein nur für Juristen geschrieben. Vielleicht war man der Ansicht, daß in den letzten Jahrzehnten die Rechtswissenschaft einen allzu sublimen Gipfel erklommen habe, als daß es noch ausführbar sein könnte, zugleich der Wissenschaft Genüge zu thun und volkstümlich zu reden. Vielleicht aber meinte man auch, daß die ganze Vorstellung von einem volkstümlichen Rechte gleich anderen veralteten Schwärmereien in die Rumpelkammer gehöre, da schließlich bei dem Hineinreden der Laien in juristische Dinge nichts als Dilettantismus herauskomme." Wir sehen: was Bähr als unvermeidlich erscheint, erachtet Gierke für unerträglich, was nach Bähr eine sachliche Notwendigkeit, ist nach Gierke eine Verirrung der Redaktoren. Wer von beiden hat recht? Es giebt keine Frage, welche sich bei einer Untersuchung über die Sprache des Entwurfes mit dieser an Wichtigkeit messen kann. Es ist in ihrem letzten Grunde die Frage, ob das Recht das Besitztum eines bestimmten Berufsstandes oder das Besitztum des ganzen Volkes sein soll. Es gab eine Zeit — und sie liegt nicht gar weit zurück —, in der es unmöglich gewesen wäre, eine solche Frage mit der Aussicht auf ernsthafte Erörterung aufzuwerfen, so unbezweifelbar erachtete man das Axiom, daß das große Gesetzbuch der deutschen Nation ein wahrhaft volkstümliches Gepräge tragen müsse[1]. Durch das lebendige Beispiel, welches der Entwurf liefert, und die Verteidigung der von ihm adoptierten Sprachweise seitens eines Mannes von der Bedeutung Bährs ist wieder eine solche Frage nicht nur möglich, sondern für jede Beurteilung des Entwurfes unumgänglich geworden. Die Fragestellung aber lautet: Volksdeutsch oder Juristendeutsch?

Die sprachlichen Äußerungen zerfallen in zwei sich scharf

[1] Vergl. auch Gierke a. a. O. S. 898.

Digitized by Google

voneinander sondernde Gruppen, in solche mit und solche ohne Adressaten. Beide sollen, wie der Ausdruck treffend besagt, etwas, was in unserem Innern beschlossen liegt, nach *außen* treten lassen, ein Stück unserer selbst zur Existenz außerhalb unser bringen, es vergegenständlichen und zwar die ersteren für andere, die letzteren für uns selbst. Diese Unterscheidung ist grundlegend für die Frage nach der einer Äußerung zu gebenden Form. Während bei der zweiten Gruppe der Äußernde jede Fassung wählen darf, die er mag, muß er sich bei jener derjenigen Form bedienen, welche geeignet ist, den Inhalt der Äußerung dem Verständnis des Destinatärs zu erschließen: die Person des letzteren ist maßgebend für die der Äußerung zu gebende Form.

Es fragt sich daher, wer der Adressat der Sätze ist, welche der Gesetzgeber aufstellt[1]. Derselbe schafft Normen, Vorschriften für ein Verhalten bestimmter Art, Befehle:

> lex est generale *iussum* (populi aut plebis rogante magistratu). Gellius X 20, 2.

Jedes Gesetz enthält einen Imperativ: praeceptum legis (l. 52 § 5 D. de obl. et act. 44, 7; l. 41 D. de poenis 48, 19). Der Imperativ kann positiven oder negativen Inhalts sein:

> legem esse aeternum quiddam, quod universum mundum regeret, *imperandi prohibendique* sapientia (Cicero, de legibus II c 4 § 8);
>
> *iussa* ac *vetita* populorum (Eodem § 9).

Im *Gebot und Verbot erschöpft sich der mögliche Inhalt der Rechtssätze*. Dies entspricht freilich nicht der herrschenden Lehre. Dieselbe stellt vielmehr noch drei andere Gruppen von Rechtssätzen auf: die erlaubenden, verneinenden und erläuternden. Doch ist daran nur soviel wahr, daß in der Rechtsordnung nicht jeder Satz sich auch formell als Imperativ giebt, sondern daß

[1] Vergl. zum Folgenden: Jhering, Zweck im Recht I (2. Aufl.) S. 330 ff.; Binding, Die Normen und ihre Übertretung I S. 6 ff.; Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht S. 1 ff.; Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe II S. 7 ff.; Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht §§ 33/36; Windscheid, Pandekten I (6. Aufl.) § 27 und die dort Citierten.

Digitized by Google

neben der normalen imperativischen sich auch Formulierungen von jenen Arten finden. Allein der materielle Gehalt so gefaßter Rechtssätze ist doch stets ein Imperativ oder der Teil eines solchen[1], welcher durch das Hinzutreten einer anderen Vorschrift

[1] Unter den erlaubenden Rechtssätzen werden diejenigen verstanden, deren Inhalt die Gewährung einer rechtlichen Möglichkeit ist. Die in diese Form gekleideten Rechtssätze sind jedoch in Wahrheit nach anderer Seite gerichtete Imperative. So enthält der § 11 des Entwurfs, welcher gewissen Personen die Befugnis gewährt, die Todeserklärung eines Verschollenen zu beantragen, den Befehl an die zuständige Behörde, auf das Verlangen einer dieser Personen das Verfahren zwecks Todeserklärung einzuleiten. Der materielle Inhalt des Satzes, daß der Nießbraucher berechtigt ist, alle Nutzungen der Sache zu ziehen (§ 980), ist ein Verbot an alle dem Nießbraucher Gegenüberstehenden, denselben in der Ziehung der Nutzungen zu hindern. Nach § 597 kann der Auftraggeber den Auftrag zu jeder Zeit widerrufen. Diese Erlaubnis enthält das Verbot, für weiterhin vorgenommene Geschäfte die Rechte aus §§ 594/596 anzusprechen.

Unter den verneinenden Rechtssätzen — die Bezeichnung „verneinender Rechtssatz" ist schon um deswillen verfehlt, weil darunter sprachlich auch die Verbote (negative Imperative) fallen — versteht man dreierlei:

1. solche Rechtssätze, welche aussprechen, daß an eine gewisse Thatsache ein Gebot nicht geknüpft sein solle, z. B. § 664:

> Durch Spiel und Wette wird ein Schuldverhältnis . . . nicht begründet.

Dieser Satz enthält das Verbot, einem bezüglichen Versprechen rechtliche Bedeutung beizumessen, es in rechtlichen Betracht zu ziehen.

2. solche Rechtssätze, welche aussprechen, daß ein an eine gewisse Thatsache geknüpftes Gebot oder Verbot mit dem Eintritt einer anderen Thatsache cessieren solle. So enthält die Verjährung der Ansprüche das Verbot an den Richter, dem bisher Berechtigten wider den erklärten Willen des Präskribenten die staatliche Hülfe zu leihen (§ 182).

3. die mehrfach verneinenden Rechtssätze, welche besagen, daß die sonst mangelnde Verbindung eines Imperativs mit einem gewissen Thatbestand vorhanden sei, welche also verneinen, daß an eine Thatsache die sonst zutreffende Verneinung geknüpft sein solle. Hierher gehört der § 127 in seinem zweiten Satz von Absatz 2:

> Ist für das Rechtsgeschäft, auf welches die Einwilligung oder Genehmigung sich bezieht, eine Form erforderlich, so ist die Erklärung (der Einwilligung, Genehmigung) an diese Form nicht gebunden.

Jede Formvorschrift enthält eine Verneinung im Sinne der herrschenden Lehre, nämlich die Verneinung, daß mit dem formlosen Akt ein Rechtsbefehl verknüpft sein solle. Die Formbefreiung für gewisse Fälle oder Teile des

Digitized by Google

sich zum Imperativ vollendet. Die Rechtsordnung will Gehorsam

Geschäftes enthält dann die Verneinung dieser Verneinung, nämlich die Gewährung eines Imperativs trotz der mangelnden Form. [Windscheid a. a. O. § 27 Anm. 6 führt als Beispiel eines erläuternden (deklaratorischen) Rechtssatzes auf: „Das Testament muß vor 7 Zeugen errichtet werden." In Anmerkung 4 hingegen wird als doppelt verneinend der Satz angeführt: „Bei Handelsgeschäften ist die Gültigkeit der Verträge durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nicht bedingt" (Art. 317 Handelsgesetzbuch). Dies ist der Satz aber nur, wenn die Vorschrift der Form eine Verneinung enthält. Beides scheint miteinander nicht wohl vereinbar; denn danach enthielte eine Formvorschrift bald einen verneinenden bald einen deklaratorischen Rechtssatz — wann aber den einen, wann den anderen?] Es giebt auch dreifach verneinende Sätze. Dahin gehören alle diejenigen, welche für besondere Fälle eine von der regelmäßig vorgeschriebenen abweichende Ausnahmeform zulassen, wie die außerordentlichen Testamentsformen (§ 1925 ff.). Die Vorschrift der regelmäßigen Form enthält, wie ausgeführt, die Verneinung, daß an die Erklärung ohne Form ein Imperativ geknüpft sein solle — erste Verneinung —; für die besonderen Fälle wird dann diese Verneinung wieder verneint: es soll in diesen Fällen an die Erklärung ein Rechtsbefehl geknüpft sein, auch wenn bei ihm jene Form nicht beobachtet ist — zweite Verneinung —; doch soll der Rechtsbefehl dann cessieren, falls nicht wenigstens die für die besonderen Fälle nachgelassene außerordentliche Form beobachtet ist — dritte Verneinung —. Auch diese Gestaltung enthält danach in sich einen Imperativ, nämlich den Rechtsbefehl, das in der nachgelassenen Form Verfügte bezüglich seiner rechtlichen Wirksamkeit ebenso zu behandeln, wie wenn es in der ordentlichen Testamentsform angeordnet wäre.

Die dritte Klasse von Rechtssätzen', welche keinen Imperativ enthalten sollen, sind die *erläuternden*, welche das in einem anderen Rechtssatze Ausgesprochene näher bestimmen. Dieselben sind aber in Wahrheit keine Rechtssätze, sondern entweder Stücke von solchen, die erst im Zusammenhalt mit der Norm, der sie hinzutreten, einen Rechtssatz bilden, oder *Lehrsätze*. Die Sätze letzterer Art, als überhaupt nicht in das Gebiet der Legislative gehörig, finden sich heute bei der klareren Erkenntnis der Grenzen zwischen Gesetzgebung und Doktrin in *lehrsatzartiger Form* weniger zahlreich als vordem. Man denke bloß an die zahlreichen Definitionen des Preußischen Landrechts, das dadurch stellenweise sehr an den Digestentitel de verborum significatione 50,16 erinnert. Solche Sätze werden auch durch ihre Aufnahme in ein gesetzgeberisches Werk nicht zu Rechtssätzen, so wenig als es die im corpus iuris enthaltenen Stellen aus Dichtern, die verfehlten etymologischen Versuche geworden sind und werden konnten. Ist aber auch die Zahl der in *Lehrsatzform* auftretenden doktrinellen Sätze des Entwurfs eine verhältnismäßig geringe, so ist der Komplex der *materiell* lehrhaften Sätze doch ein nicht unbeträchtlicher. Derselbe wird uns noch weiter des näheren

Digitized by Google

und nichts als Gehorsam[1]. Ein dreifacher Adressat ihrer Befehle

beschäftigen (vgl. unten S. 54 ff.). Die erläuternden Sätze der anderen Art erscheinen formell als selbständige, in sich geschlossene Rechtssätze, sind es aber in Wirklichkeit nicht. Nehmen wir den § 25:

Das Kindesalter dauert bis zum zurückgelegten siebenten . . . Lebensjahre.

Dieser Satz kann eine physiologische, psychologische, philosophische Wahrheit enthalten, nie aber einen Rechtssatz. Dazu wird er erst in Verbindung mit Vorschriften, welche an den Zustand der Kindheit rechtliche Folgen knüpfen. Der erläuternde Rechtssatz ist, soweit er nicht einen Lehrsatz enthält und damit eine Verirrung der Legislative auf das ihr verschlossene Gebiet der Doktrin darstellt, nicht für sich ein Rechtssatz, sondern nur der Teil eines solchen, welcher erst durch das Hinzutreten einer anderen Vorschrift zum Rechtssatz erhoben wird. Der erläuternde Rechtssatz ist auf der Suche nach dem Imperativ, in dem er sich vollendet. Bald findet er ihn unmittelbar in einer anderen Bestimmung, bald muß er erst einen anderen erläuternden Rechtssatz finden, mit dem er sich zusammen auf die Suche nach dem ihnen gemeinschaftlichen Imperativ macht. So finden, um bei dem eben angeführten Beispiel zu bleiben, die drei erläuternden Sätze der §§ 25, 64 Absatz 1 und 3 ihre Erhebung zum Rechtssatze erst in § 108:

Das Kindesalter dauert bis zum zurückgelegten siebenten . . . Lebensjahre (§ 25).

Eine Person, welche im Kindesalter steht, ist geschäftsunfähig (§ 64 Abs. 1).

Willenserklärungen geschäftsunfähiger Personen sind nichtig (§ 64 Abs. 3).

Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkung so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre (§ 108. Der darin enthaltene Rechtssatz aber lautet:

Rechtsgeschäfte, welche von Personen unter sieben Jahren vorgenommen werden, sind in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkung so anzusehen, als ob sie nicht vorgenommen wären.

Übrigens kann keine Legislative auf die Aufstellung solcher erläuternden Sätze verzichten. Sie ersparen eine Menge Wiederholungen, verhindern, indem sie die Sätze, denen sie ergänzend hinzutreten, von der Aufführung einer Anzahl einzelner Momente entlasten, Schwerfälligkeiten und befördern die Übersichtlichkeit.

Wir haben gesehen, daß der erlaubende und der verneinende Rechtssatz materiell einen Imperativ enthalten und der erläuternde nur das Stück eines Rechtssatzes ist, das sich erst durch das Auffinden eines sich auf ihn aufbauenden Imperativs zum Rechtssatz vollendet. Damit ist aber dargethan, daß die gesamte Rechtsordnung sich erschöpft in Imperativen: es giebt keinen Rechtssatz, der nicht materiell ein Gebot oder Verbot statuierte.

[1] Freilich nicht um der Freude am Gehorsam willen, sondern weil sie

Digitized by Google

kommt in Frage: der Staat, die Behörde, welche für die Befolgung der Befehle mit den ſtaatlichen Mitteln ſorgt, der Kreis derjenigen Perſonen, deren Verhalten als ein dem Imperativ entſprechendes gewünſcht wird. Jeder Imperativ ſetzt zwei einander gegenüberſtehende Willen voraus. Damit iſt es aber, da der Staat die alleinige Quelle allen Rechts iſt[1], unvereinbar, den Staat als Deſtinatär der Rechtsbefehle zu betrachten. „Man kann ſich feſt vornehmen, etwas zu thun, und ſeinen Vorſatz unverbrüchlich ausführen und ſelbſt einem andern gegenüber die Verpflichtung dazu anerkennen, aber den Begriff Imperativ darf man darauf nicht anwenden, ohne ihn ſelber aufzuheben. — Imperative an ſich ſelber ſind eine contradictio in adiecto.“ Aber auch die Behörde, welche über die Befolgung der Rechtsbefehle wacht, iſt nicht Adreſſat derſelben. Denn da der von Natur gegebene Zuſtand der Menſchheit der der Freiheit iſt und dieſe nur inſoweit eingeſchränkt iſt, als ihr ein (wirkſamer) Imperativ entgegentritt, ſo wäre der Private rechtlich in ſeiner natürlichen Freiheit unbeſchränkt, da ſich die Imperative des Staates an ihn gar nicht richten: eine Beſchränkung der privaten Freiheit auf dem Gebiete des Rechts wäre nur denkbar als Reflexwirkung des an die Behörde gerichteten Imperativs oder, genauer geſprochen, der Realiſierung ſeines Inhalts durch die Behörde. Es wäre daher kein widerrechtliches Thun, die nochmalige Zahlung einer bereits getilgten Schuld zu fordern, dem Eigentümer ſeine Sache vorzuenthalten, in eine fremde Wohnung einzudringen und darin wider den Willen des Berechtigten zu verweilen: denn wem nichts verboten iſt, dem iſt alles erlaubt. Danach bleibt als einzig möglicher Adreſſat der Rechtsnorm der Kreis derjenigen,

den Zuſtand, der durch die Vornahme des Gebotenen, das Unterlaſſen des Verbotenen herbeigeführt wird, als einen wünſchenswerten erachtet. Auch für Geßler war bei ſeinem ſagenhaften Gebot der Begrüßung des Hutes der Gehorſam nicht Selbſtzweck. Über demſelben ſchwebte die Abſicht, das Selbſtbewußtſein und den Unabhängigkeitsſinn der Schweizer zu brechen und ſie dadurch zu gefügigen Unterthanen ſeiner Willkürherrſchaft zu machen. A. M. Thon a. a. O. S. 4 Anm. 13.

[1] Jhering a. a. O. S. 320 und zum Folgenden S. 332 ff.

Digitized by Google

deren Wille unter sie gebeugt werden soll. Dies sind aber bald die Volksgenossen bald die Behörden. Letzteres ist z. B. der Fall bei zahlreichen Befehlen des Gerichtsverfassungsgesetzes, wie die Vorschriften über die Besetzung der Gerichte. Die Zahl der sich rein an die Behörden richtenden Rechtsnormen ist jedoch eine verhältnismäßig geringfügige. Die weitaus überwiegende Regel ist, daß der Destinatär der Rechtsbefehle die Volksgenossen sind. Dies ist häufig selbst da der Fall, wo auf den ersten Anschein ein ausschließlich an die Behörde gerichteter Befehl vorzuliegen scheint. So im Strafrecht. Der Satz: „wer das und das begeht, wird bestraft (soll bestraft werden)" enthält anscheinend nur einen Befehl an die Behörde, allein zugleich ist in ihm der Imperativ an die Volksgenossen enthalten, die unter Strafe gestellte Handlung zu unterlassen. *Vor allem jedoch ist es die Privatrechtsordnung, welche sich zum überwiegendsten Teil in Befehlen bewegt, die sich an die Volksgenossen wenden.* Sind es aber die weiten Kreise des Volkes, an welche der Gesetzgeber seine Normen richtet, so muß er sich auch einer Sprache bedienen, welche es ihnen ermöglicht, dieselben zu verstehen:

> Leges sacratissimae, quae constringunt omnium vitas, *intellegi ab omnibus debent*, ut universi praescripto earum manifestius cognito vel inhibita declinent vel praescripta sectentur (c. 9 C. de legibus 1, 14).

Ein Privatrechtsgesetz, welches sich einer ausschließlich Juristen zugänglichen Sprache bedient, ist notwendig in der Form vergriffen. Die Ausdrucksweise muß vielmehr mit der gedrungenen Kürze, welche den gesetzgeberischen Willen ohne unnötiges Beiwerk wiedergiebt — letzteres liefert erfahrungsgemäß das reichlichste Material für verfehlte Auslegungen —, und der Genauigkeit, welche den Gedanken des Gesetzes in möglichst zweifelloser Weise hervortreten läßt, in einem Wort: mit der spezifisch juristischen Präcision der Sprache die Gemeinverständlichkeit verbinden, welche es den Volksgenossen ermöglicht, zu den Quellen der ihr Leben beherrschenden rechtlichen Imperative herunterzu-

Digitized by Google

steigen. Die Zeiten der juristischen Geheimsprache sind endgültig vorüber. Die Völker, welche sich die Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens d. h. die gesetzliche Anerkennung des Anspruchs, mit eigenen Augen zuzusehen, wie über ihre wichtigsten Interessen judiziert wird, zu erringen verstanden, werden sich auch nicht verkümmern lassen ihren Anspruch auf die Öffentlichkeit ihres materiellen Rechtes d. h. eine solche Fassung desselben, daß sie sich seines unmittelbaren[1] Gehaltes, seines grundlegenden Inhalts durch eigene Geistesthätigkeit zu bemächtigen vermögen.

Werfen wir von diesem Standpunkte aus einen Blick auf die deutsche Gesetzgebung seit der Zeit, seitdem die deutsche Sprache die Durchbildung erfahren hat, einen juristisch präcisen und doch gemeinverständlichen Ausdruck für gesetzliche Normierungen zu liefern, so können wir das 5. bis 7. Jahrzehnt unseres Jahrhunderts als den Höhepunkt bezeichnen, den die Gesetzgebung in Deutschland nach dieser Richtung hin erreicht hat. Bis in diese Zeit ließ zwar die Gemeinverständlichkeit meist wenig, um so mehr aber die juristische Präcision vermissen, und nach jenem kurzen Zeitraum gebührender Berücksichtigung beider Gesichtspunkte hat ein wahrer Fanatismus in Bezug auf die Erreichung einer absoluten juristischen Präcision die Rücksicht auf Gemeinverständlichkeit immer mehr verdrängt. Die Folge dieser Einseitigkeit war dieselbe, welche jede Überspannung einer an sich berechtigten Idee mit sich bringt: die Nichterreichung der beabsichtigten Wirkung — der Erhebung des Rechtssatzes zu der absoluten Zweifellosigkeit der „mathematischen Formel“[2] — und die Erreichung einer überaus unerfreulichen Wirkung: der Versperrung des Weges zur Quelle, aus der die ihn beherrschenden Imperative fließen, für den Laien. Durch letztere wird die natürliche Fortentwickelung

[1] Selbstverständlich nur dieses. Des vollen Gehalts der Rechtssätze bis in seine kleinsten Veräderungen und Veräftelungen kann nur der Jurist sich bemächtigen, braucht aber auch nur dieser. Der Allgemeinheit genügt die Möglichkeit der eigenen Kenntnisnahme der Grundlagen, auf denen sich ihr Rechtsleben aufbaut.

[2] Wie es treffend Gierke a. a. O. S. 857 ausdrückt.

Digitized by Google

des Rechtes, welche die stete Einwirkung der im Volke wirkenden und treibenden rechtsgestaltenden Kräfte auf den vorhandenen Rechtsstoff erfordert, wenn auch nicht unterbunden, so doch erschwert — gewiß ein unerwünschtes Resultat[1]. Und was das erstere betrifft —: wo jedes Wort mit bestimmter juristischer Tendenz gewählt erscheint, wird eben auch jedes Wort notwendig ein selbständiges Objekt für die Auslegungskunst des Juristen und damit eine Quelle von Kontroversen. Jedem, der die kurze Geschichte der Kontroversen, die sich an die sogenannte Reichsjustizgesetzgebung, insbesondere an die Civilprozeßordnung, angeschlossen haben, auch nur einigermaßen verfolgt hat, werden zahlreiche Beispiele dafür zu Gebote stehen. Theorieen von grundlegender Bedeutung für die Auffassung großer wichtiger Materien haben sich nicht selten auf einer einzigen Wendung des Gesetzes erhoben. Interessant aber ist die Beobachtung, daß die sachlich gelungensten Gesetze jener Zeit auch sich am meisten von jener excessiv juristisch-tendenziösen Fassung frei halten. Statt anderer sei nur auf die Reichskonkursordnung verwiesen. Das Muster eines Gesetzes aber, welches mit juristisch-präciser Fassung Gemeinverständlichkeit vereint, ist das deutsche Handelsgesetzbuch[2]. Wie gering sind verhältnismäßig die Meinungsverschiedenheiten, welche sich an die Fassung desselben — nur von dieser ist hier die Rede — geknüpft haben, und wie leicht wird es verhältnismäßig dem Laien, dem Gesetz selber seinen grundlegenden Inhalt zu entnehmen[3].

[1] Hiergegen ist aus der Beseitigung des Gewohnheitsrechts für das Gebiet des Reichsprivatrechts (§ 2) kein Einwurf zu entnehmen. Denn ist danach auch Organ für die Fortbildung des Reichsprivatrechts allein der Gesetzgeber, so kann doch auch durch ihn dasselbe eine natürliche Fortentwickelung nur finden, wenn die von ihm beschlossenen Akte sich auf die durch jene rechtsgestaltenden Kräfte an ihn herangetragenen Rechtsideeen stützen.

[2] Noch bewundernswerter in der Fassung als das Handelsgesetzbuch ist übrigens die an sich hinter demselben etwas zurückstehende Wechselordnung, wenn man erwägt, wie viel größere Schwierigkeiten die darin behandelte Materie einer zugleich juristisch-präcisen und gemeinverständlichen Fassung entgegensetzte.

[3] Charakteristisch für den Rückschritt, den wir in dieser Beziehung seitdem gemacht haben, ist die Fassung der Aktiennovelle vom 14. August 1884

Digitized by Google

Auch bei der Ausarbeitung des Entwurfes sollten beide Gesichtspunkte, die juristisch-präcise Fassung wie die Gemeinverständlichkeit, gebührende Berücksichtigung finden. Das unter dem 15. April 1874 erstattete Gutachten der sogenannten Vorkommission[1] besagt darüber:

> Die Formulierung der Rechtssätze hat sich gleichmäßig von einer gelehrten Geheimsprache wie von einer die unentbehrliche Bestimmtheit und Genauigkeit verwischenden sogenannten Popularisierung fern zu halten, vielmehr gedrungene Kürze und eine zwar gemeinverständliche, aber in konsequenter Technik durchgeführte Rechtssprache zu erstreben.

Der über das Gutachten vom Ausschuß des Bundesrates für Justizwesen unter dem 9. Juni 1874 an das Plenum erstattete Bericht erklärt im allgemeinen seine Zustimmung zu demselben und gipfelt in dem Antrage, die in dem Gutachten über die Methode, welche bei der Aufstellung des Entwurfes zu befolgen sei, enthaltenen Ansichten und Vorschläge im allgemeinen zu billigen . . . .[2]. Am 22. Juni 1874 beschloß der Bundesrat diesem Antrage seines Ausschusses gemäß. Die unter dem 17. September 1874 zusammengetretene Kommission zur Entwerfung des Gesetzbuches hat zwar Bedenken getragen, sich durch die von der Vorkommission beliebte Stellungnahme zu den in Betracht kommenden Fragen infolge des dieselbe billigenden Bundesratsbeschlusses principiell für gebunden zu erachten, allein in den

---

im Vergleich zu dem durch sie aufgehobenen Abschnitt des Handelsgesetzbuches. Überaus interessant und lehrreich ist in dieser Beziehung auch ein Vergleich der preußischen Vormundschaftsordnung vom 12. Juli 1875 und der vormundschaftsrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs, sowie des preußischen Eigentumserwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 mit den bezüglichen immobiliarrechtlichen Normen des Entwurfs.

[1] Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts XXI S. 175 ff. Vergl. zum Folgenden auch Vierhaus, Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes, in den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes Hft. 1 S. 44 ff.

[2] Der weitere Inhalt des Antrages ist vorliegend ohne Interesse.

Digitized by Google

Verhandlungen der Kommission tritt doch, soweit dieselben — leider nur bruchstückweise und, was schlimmer ist, nicht in offizieller Form[1] — bekannt geworden sind, kein Moment hervor, aus dem zu schließen, daß die Kommission in der vorliegenden Frage eine der Anschauung der Vorkommission grundsätzlich widerstreitende Stellung eingenommen habe. Eine in den Motiven zum Entwurf enthaltene Äußerung scheint es sogar ausdrücklich zu bestätigen, daß die Kommission außer dem Streben nach juristischer Präcision auch das Streben nach Gemeinverständlichkeit hatte. In dem vierten Bande derselben findet sich nämlich (S. 1107) die Aufnahme der Vorschrift des § 1662, die sich auch beim Schweigen des Entwurfes aus allgemeinen Grundsätzen ergeben würde, mit der praktischen Erwägung gerechtfertigt, daß dieselbe eine klare und unzweideutige Mahnung an den Vormund enthält, sein und seines Mündels Vermögen getrennt zu halten. Ein Gesetz, welches Mahnungen an Leute aus dem Volk erteilen will, muß doch aber notwendig die Gemeinverständlichkeit seiner Fassung unterstellen[2].

Sehen wir zu, inwieweit das Streben der Kommission nach Verbindung von juristischer Präcision und Gemeinverständlichkeit der Sprache von Erfolg gekrönt ward.

Zunächst jene. Dieselbe setzt, wie ausgeführt, vor allem zweierlei voraus: gedrungene Kürze und treffende Genauigkeit der Fassung.

Von einer Kürze der Fassung ist nun doch wohl keine Rede[3]. Dieselbe ist über ein Doppeltes verloren gegangen. Einmal durch das Streben, schon nach dem Wortlaut einer jeden Norm jeglichen Fall, auf den sie sich erstrecken soll, zu decken, jeden anderen Fall auszuschließen. Alle denkbaren — aber auch undenkbaren — Möglichkeiten sollen in dem Entwurf eine sie regelnde

[1] Bierhaus a. a. O. S. 61.

[2] Jacobi, Entstehung und Inhalt des Entwurfs 1888 S. 12 Anm. 10, scheint vorauszusetzen, daß die Kommission das Gutachten der Vorkommission principiell als für sich bindend anerkannt habe.

[3] Gierke a. a. O. S. 857, 885 ff.

Digitized by Google

besondere Norm finden, alle möglichen Gestaltungen des Lebens der Berücksichtigung im Gesetz sich erfreuen, indem möglichst jede derselben ihre eigene Satzung erhält. Das Streben nach einer Vollständigkeit des Entwurfes in diesem Sinn mußte notwendig scheitern an der unerschöpflichen Vielgestaltigkeit der Kombinationen, die das Leben aufwirft. Und überdies sind bei diesem fruchtlosen Bemühen um ein unerreichbares Ziel die „großen" allgemeinen Grundsätze zum Teil in die Brüche gegangen und sind zu Flickwerk aus einer Menge einzelner kleiner Lappen geworden. Statt vieler greifen wir den § 1257 Absatz 1 heraus. Derselbe lautet:

> Eine nichtige Ehe, deren Nichtigkeit nicht auf einem Formmangel bei der Eheschließung beruht, ist zu Gunsten eines Dritten, welcher ein Rechtsgeschäft mit beiden Ehegatten oder einem derselben geschlossen oder ihnen gegenüber vorgenommen hat oder welchem gegenüber die Ehegatten oder einer derselben ein Rechtsgeschäft vorgenommen haben, in Ansehung eines solchen Rechtsgeschäftes für gültig zu erachten, es sei denn, daß zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes die Ehe bereits für ungültig erklärt oder die Nichtigkeit dem Dritten bekannt war.

Warum läßt sich der Entwurf statt dieses ungeheuerlichen Satzes nicht mit der einfachen Norm genügen:

> Ist eine Ehe aus einem anderen Grunde als wegen Formmangels nichtig, aber noch nicht für ungültig erklärt, so ist dieselbe zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten, welcher zu einem Ehegatten in rechtsgeschäftliche Beziehungen tritt, als gültig zu erachten.

Freilich wäre darin weder angegeben, was in diesem Fall unter dem „guten Glauben" verstanden werden soll, noch, welche verschiedenen Gestaltungen der rechtsgeschäftlichen Akte unter den Rechtssatz fallen. Allein würde wirklich Theorie oder Praxis darum den in dem citierten Satze detailliert ausgeführten Willen des Gesetzes in irgend einem Punkte verfehlt haben? Dieses Streben nach einer formellen Deckung aller nur irgend denkbaren

Digitized by Google

Fälle unterstellt eine Unfähigkeit von Theorie und Praxis, welche einer Bankerotterklärung beider verzweifelt ähnlich sieht.

Zum andern scheitert das Streben nach Kürze des Ausdruckes durch die Art, wie der Entwurf zu einer „in konsequenter Technik durchgeführten Rechtssprache" zu gelangen suchte, indem er zu diesem Zweck nicht nur einzelne Worte mit bestimmter technischer Bedeutung schuf bezw. adoptierte, sondern ganze umständliche typische Wendungen, welche die Fassung der betreffenden Sätze zu einer überaus weitschweifigen und schwerfälligen machen. Hierher gehören die sich zum Teil endlos wiederholenden Wendungen:

„Ein einseitiges Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit davon abhängt, daß dasselbe gegenüber einem Beteiligten erklärt wird," statt des einfachen: ein einseitiges Rechtsgeschäft.

„Der bedingt Berechtigte, der bedingt Verpflichtete, das bedingte Recht, die bedingte Verpflichtung" in dem Titel über Bedingung (und Befristung), wobei das Wort „bedingt" sich nach dem Zusammenhang ganz von selbst versteht.

„Die eheliche Nutznießung und die eheliche Verwaltung" im Abschnitt über das eheliche Güterrecht, wobei ebenfalls das „eheliche" durchaus selbstverständlich ist.

„Die letztwillige Verfügung" in dem so überschriebenen Abschnitt.

„Fall der Nacherbfolge" (§ 1804 ff.). „Anfall der Erbschaft" im Gegensatz zum Erbfall (§§ 2025, 1749). Man vergl. etwa den monströsen § 2026 Absatz 1 mit seinem dreimaligen „Erbfall" und einmaligen „Anfall der Erbschaft".

„Inhaber der elterlichen Gewalt" (§ 1502 ff.) statt des einfachen „Gewalthaber".

Die rechtliche Wirkung eines Rechtsgeschäfts (§§ 128/131, 141/142).

„Elterliche Nutznießung" (§ 1502), „elterliche Gewalt" (§ 1501); die geradezu unerträgliche „elterliche Gewalt der Mutter" (Überschrift über § 1538; § 1543)[1].

[1] Wenig schön ist es auch, wenn § 1633 sagt, die elterliche

„Die infolge eines von dem Schuldner (nicht) zu vertretenden Umstandes herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung" (§§ 237 ff.).

„Durch einen Vertreter, insbesondere auch durch einen gesetzlichen Vertreter" (§ 1588 u. ö.).

„Das Recht und die Pflicht, für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen" (§§ 1648, 1649, 1650 u. ö.), welche Wendung etwa je die Hälfte dieser §§ einnimmt!

Die Beispiele ließen sich leicht um das Hundertfache vermehren. Jeder Blick in den Entwurf belehrt uns, daß von der erstrebten „gedrungenen Kürze" ungefähr das Gegenteil erreicht ist[1].

Viel ernster ist es dem Entwurf mit der Erreichung einer Zweifel möglichst ausschließenden Genauigkeit der Fassung gewesen. Dazu gehört aber dreierlei: einmal die Wahl des den gesetzgeberischen Gedanken am vollständigsten und sichersten wiedergebenden Ausdruckes, alsdann die Verwendung jedes Ausdruckes nur in einer, nicht in mehrfachen verschiedenen Bedeutungen und endlich Wiedergabe desselben Gedankens mit demselben Ausdruck. Im ersten Punkt war das Streben des Entwurfes am meisten von Erfolg gekrönt. Nur dürfte auch nach dieser Richtung hin des Guten ein wenig zu viel geschehen sein. Man sehe z. B. § 207:

> Ist ein Schuldverhältnis auf mehrere Leistungen in der Weise gerichtet, daß nur die eine oder die andere erfolgen soll, so steht das Wahlrecht dem Schuldner zu, wenn nicht durch Gesetz oder Rechtsgeschäft ein anderes bestimmt ist.

Gewalt sei auf die elterliche Nutznießung beschränkt. In dem kurzen Paragr. kommt das Wort „elterlich" nicht weniger als dreimal vor. (Vgl. auch § 1636.)

[1] Vergl. weiteres bei Gierke a. a. O. S. 881 ff. In anderem Sinn wird dem Entwurf „verhältnismäßig so auffallende Kürze" nachgerühmt von Jacobi a. a. O. S. 9: wegen der geringen Zahl seiner Paragraphen. Allein abgesehen von den umfangreichen privatrechtlichen Materien, deren Regelung er abgelehnt, und der Länge einzelner über eine ganze Druckseite gehender Paragraphen, ist noch ein als integrierender Bestandteil des Entwurfes zu erachtendes Einführungsgesetz zu erwarten, welches über 90 wichtige Einzelpunkte zu regeln hat, von denen kaum jeder in einem einzigen Paragraphen zu erledigen sein dürfte. Danach haben wir unsere Privatrechtsordnung nur scheinbar in den 2164 Paragraphen des Entwurfes untergebracht.

Es ist nicht abzusehen, warum nicht statt dieser verschrobenen Fassung der einfache Satz denselben Dienst thun sollte:

> Unter mehreren wahlweise geschuldeten Leistungen hat der Schuldner die Wahl.

Geradezu köstlich ist in seinem Streben nach Korrektheit des Ausdruckes der § 863. In demselben ist von dem Anspruch des Eigentümers eines Grundstückes, das einen Notweg braucht, gegen seine Nachbarn die Rede. Nun wäre es für jeden, der sich gesunden Menschenverstandes erfreut, unzweifelhaft, wer gemeint wäre, wenn jener schlechtweg als „der Eigentümer", diese als „die Nachbarn" bezeichnet würden. Allein, da ja auch letztere Eigentümer, erschien diese einfache, klare Bezeichnung wohl nicht zweifellos genug und man verstand sich trotz der „anstößigen Breite" um ihrer größeren „Korrektheit" willen — Motive II 651 — zu der Bezeichnung jenes als „des Eigentümers des des Zuganges bedürfenden Grundstücks", letzterer als „der zur Duldung des Zuganges verpflichteten Nachbarn". Überaus korrekt ist auch der § 326 gefaßt, aber ebenso umständlich. Und doch wäre auch bei etwa folgender Fassung ein Mißverständnis kaum zu besorgen:

> Die Kündigung, die Mahnung und das Leistungsangebot wirken nur für und gegen diejenigen Gesamtgläubiger und Gesamtschuldner, zwischen denen sie stattgefunden haben. Entsprechendes gilt von dem Verzuge (vergl. hierzu die Fassung des Absatz 2 § 339).

In § 1227, welcher lautet:

> „Durch das Verlöbnis wird eine Verbindlichkeit der Verlobten zur Schließung der Ehe nicht begründet",

hätte die Fortlassung des wunderlichen Zusatzes „der Verlobten" wohl auch einem Zweifel keinen Raum gegeben.

Trotz dieser Übertreibung des an sich voll berechtigten Strebens nach einer präcisen Ausdrucksweise sind dem Entwurf doch Bestimmungen nicht fremd, deren Form einen Mangel juristischer Kor-

Digitized by Google

rektheit aufweist. So läßt der § 550 den Entleiher verpflichtet sein, die Sache nur vertragsmäßig zu gebrauchen. Also eine Pflicht zum Gebrauch geliehener Sachen! Eine solche Pflicht existiert nicht: der Entleiher hat ein Recht auf den Gebrauch, ist aber freilich verpflichtet, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht, die vertragsmäßigen Grenzen innezuhalten. Nach § 133 kann der bedingt Berechtigte Sicherheit unter den für den Arrest in den §§ 796, 797 der Civilprozeßordnung aufgestellten Voraussetzungen verlangen. Zu diesen gehört aber vor allem ein zu sichernder Anspruch, welcher zwar betagt, nicht aber bedingt sein darf. Würde man danach mit jener Bezugnahme auf die Vorschriften der Prozeßordnung Ernst machen, so käme man zu dem Zirkel: Das bedingte Recht gewährt einen Sicherungsanspruch, wenn — abgesehen von anderem — ein unbedingter Anspruch vorliegt! In § 135 wird von solchen Verfügungen eines dinglich bedingt Gebundenen gesprochen, welche die Realisierung des bedingten Rechts vereiteln oder gefährden, dieselben werden für den Fall des Eintritts der Bedingung für unwirksam erklärt. Daraus ergiebt sich aber, daß diese Verfügungen in keinem Moment das bedingte Recht in seiner Realisierung bedrohen. Denn fällt die Bedingung aus, so fällt damit auch jenes Recht zusammen, beim Eintritt der Bedingung aber wird die Verfügung unwirksam. Danach muß es korrekter statt „vereitelt oder beeinträchtigt" heißen: „sonst vereiteln oder beeinträchtigen würde". Eine der am wenigsten korrekt gefaßten Bestimmungen weist der § 196 auf. Wer Rechte aus einem Rechtsgeschäfte geltend macht, hat nicht zu beweisen, daß dasselbe in der von ihm behaupteten Weise zu stande gekommen ist, sondern nur das Vorhandensein der sogenannten rechtsbegründenden Thatsachen. Das steht aber bereits in § 193. Wenn ferner der Gegner behauptet, das Geschäft sei bedingt geschlossen, so giebt er nicht die Errichtung an sich zu und behauptet nur eine Errichtung in anderer Weise. Denn es giebt im konkreten Fall keine Errichtung an sich, sondern nur eine Errichtung in einer bestimmten Art. Wer die Errichtung eines Rechtsgeschäftes behauptet, behauptet seine Er-

Digitized by Google

richtung in einer bestimmten Art, und der Gegner, der die Gegenbehauptung der Errichtung in anderer Art aufstellt, giebt gar nichts zu. Es behaupten nicht beide Teile ein und dasselbe Rechtsgeschäft, nur der eine mit, der andere ohne, der eine mit dieser, der andere mit jener Nebenbestimmung, sondern jeder behauptet ein anderes Rechtsgeschäft. Die Fassung des Paragraphen steht vollständig auf dem Boden der Theorie, die sein materieller Inhalt als verfehlt verwirft! Der § 158 kennt Ansprüche, deren Befriedigung von dem Verlangen oder von der Kündigung des Berechtigten abhängig ist. Allein die Leistung des Anspruchsobjekts ist selbst dann Befriedigung, wenn sie nicht auf Verlangen oder nach Kündigung geschieht: die Befriedigung ist also unabhängig davon. Abhängig von jenen Akten ist lediglich die Möglichkeit ihrer Durchsetzung gegenüber dem widerstrebenden Willen des Verpflichteten[1]. Der § 194 spricht von dem Mangel der Willensfreiheit wegen Betruges, während doch der Betrug nicht die Freiheit des Willens beschränkt, sondern einen Thatbestand vor der Seele erscheinen läßt, auf Grund dessen sich der Wille einem bestimmten Entschlusse zuneigt, den er sonst vielleicht nicht gefaßt hätte. Oder man müßte stets von einer Beschränkung der Willensfreiheit sprechen, wenn ein unser Begehrungsvermögen in bestimmter Richtung in Bewegung setzender Thatbestand in unser Bewußtsein tritt. Das wäre aber, da solches bei jedem unserer Willensakte zutrifft, gleichbedeutend mit der Regierung der Willensfreiheit! Die aber läßt sich nicht einfach wegdekretieren. In § 197 ist die Rede von dem „Herleiten eines Rechtes aus der betreffenden Thatsache", d. i. aus der Erfüllung oder dem Ausfall einer Bedingung. Die Erfüllung, der Ausfall sind aber doch nur eines der für das fragliche Recht in Betracht kommenden Momente; aus ihnen allein kann ein Recht nie abgeleitet werden. Wenn das Gesetz vorschreibt, daß eine Thatsache vermutet werde, so heißt dies,

[1] Vergl. Hölder, Zum allgemeinen Teil des Entwurfes, im Archiv für civilistische Praxis Bd. 73 S. 142.

Digitized by Google

dieselbe braucht auch, wo es sonst erforderlich wäre, nicht bewiesen zu werden. Hingegen heißt es nicht, wie der § 198 es formuliert, daß die Thatsache für erwiesen gilt; denn es entsteht bezüglich ihrer gar nicht erst die Frage nach ihrem Nachweis. In § 229 ist die Frage nach dem Leistungsort bei der Obligation abgestellt auf den mutmaßlichen Willen der Parteien. Danach müßte man, wenn (etwa durch Geständnis derselben) feststände, daß sie an die Frage nach dem Leistungsort gar nicht gedacht, diese Bestimmung keine Anwendung finden lassen und es wäre für den mutmaßlichen Willen neben dem stillschweigend erklärten kaum noch Raum. In der That handelt es sich aber auch gar nicht um einen mutmaßlichen Willen, sondern um objektive Umstände, aus denen sich entnehmen läßt, was die Parteien bezüglich des Leistungsortes bestimmt hätten, wenn sie daran gedacht oder das Gedachte zum übereinstimmenden Ausdruck gebracht hätten. Statt des mutmaßlichen Willens mußte vielmehr auf „die Umstände des Falles" abgestellt werden. Daneben würde sich der Hinweis auf die Beschaffenheit der Leistung und die Natur des Schuldverhältnisses erübrigen. Als widerrechtlich im Sinn des § 704 sollen drei Handlungsgruppen gelten:

1. solche gegen Verbotsgesetze.
2. solche, welche absolute Rechte verletzen.
3. Bethätigungen der allgemeinen Freiheit, welche die guten Sitten verletzen.

Civilrechtlich *haftbar* machen sie natürlich nur, wenn sie einem andern zum Schaden gereichen, allein ihre *Widerrechtlichkeit* ist davon durchaus nicht abhängig, wie es § 705 vermeint. In § 981 ist von der Begründung einer Servitut in der Art, daß der Eigentümer des dienenden Grundstücks zur Unterhaltung der erforderlichen Anlagen verpflichtet ist, die Rede. Allein es handelt sich da gar nicht um eine besonders qualifizierte *Begründung*, wie es nach der Fassung scheint, sondern um einen besonders qualifizierten *Inhalt* der Servitut[1]. Der § 822

[1] Mit dem Wort „Begründung" hat der Entwurf überhaupt nicht

Digitized by Google

nennt die dem Inhaber eröffneten Klagen Besitzklagen. Der § 1216 statuiert für die Ehefrau das Recht, unter Umständen die sofortige Erfüllung einer Verbindlichkeit ihres Mannes zu verlangen, um mit dem ihr geleisteten Gegenstande einen Ehegutsgläubiger zu befriedigen. Dies bezeichnet der Paragraph als „Verwendung der Forderung der Ehefrau zur Befriedigung des Gläubigers", während doch nicht die Forderung, sondern das auf Grund und gemäß derselben Geleistete das Befriedigungsmittel bildet. In § 1299 Abs. 3 wird unter anderem die Frage, ob der die Früchte des Ehegutes pfändende Gläubiger nachweisen muß, daß des Ehemannes Einkünfte ihn in die Lage setzen, auch ohne diese Früchte gewissen Pflichten nachzukommen, in dem Satze entschieden:

> Der Beweis, daß die Einkünfte des Ehemannes zur Erfüllung jener Verpflichtungen . . . noch genügen, liegt dem Gläubiger ob.

Natürlich, denn dem Ehemann könnte nur der Beweis auferlegt sein, daß sie nicht genügen — es ist derselbe logische Mangel der Fassung, wie er in l. 25 pr. D. de prob. et praes. 22, 3 zu Tage tritt:

> Cum de indebito quaeritur, quis probare debet non fuisse debitum?

Die Beweislast bezüglich des „non fuisse debitum" kann selbstverständlich nur für den Zahlungsleister in Frage kommen; wäre der Empfänger beweispflichtig, so müßte er gerade das „fuisse debitum" darthun. In § 1670 werden unter den Wertpapieren auch die Hypothekenbriefe mitverstanden, die mit ihnen doch nur wenig gemein haben dürften[1]. Der § 1437 spricht

---

sonderlich viel Glück. In § 1014 wird bestimmt, daß der zuerst (!) für eine juristische Person bestellte Nießbrauch nach Ablauf von hundert Jahren seit der Begründung erlischt. Es ist wunderbar, daß der sonst so überängstliche Entwurf hier nicht bestimmt sich geäußert hat, ob seit der Begründung der juristischen Person oder des Nießbrauchs.

[1] Gierke a. a. O. S. 880. Wenn es aber ebenda weiter heißt: „In die Kategorie der Inhaberpapiere werden einmal auch die in blanco indossierten Ordrepapiere (§ 1282) eingeschlossen", so ist das wohl nach dem Wortlaut dieses Paragraphen irrtümlich.

Digitized by Google

von einem in der Hauptsache erlassenen Urteil in einer dem juristisch-technischen Sinn dieses Ausdrucks, wie er ihm durch die Reichsgesetzgebung aufgeprägt ist, widersprechenden Bedeutung. Die Gesetzgebung (vergl. z. B. den § 247 der Civilprozeßordnung) versteht unter dem in der Hauptsache erlassenen Urteil den Gegensatz zu der Entscheidung, welche über die prozeßhindernden Einreden ergeht; es handelt sich also um eine Sache, die aus prozessualen Gründen in zwei Urteilen erledigt werden kann. Im Entwurf aber handelt es sich um zwei verschiedene Angelegenheiten, die an sich miteinander gar nichts zu thun haben. Einmal um einen Rechtsstreit betreffend die Wiederherstellung der ehelichen Nutzung und Verwaltung, wie z. B. im § 1331, und um einen weiteren Rechtsstreit, welcher wegen Stellung des Antrages auf Eintragung in das eherechtliche Register gegen den dieselbe weigernden Ehegatten zu erheben wäre. Inwiefern jener Rechtsstreit die „Hauptsache" im Verhältnis zu letzterem sein soll, ist unerfindlich. Jene Wiederherstellung kann freiwillig — ohne Prozeß — geschehen und doch die Stellung des Antrages verweigert und deshalb Gegenstand eines Prozesses werden, und umgekehrt kann jene geweigert sein und daher im Prozeßwege verfolgt werden müssen, der daselbst Verurteilte den Antrag demnächst aber freiwillig stellen. Beide Angelegenheiten haben notwendig gar nichts miteinander zu schaffen, und wo sich zwischen ihnen eine Beziehung, wie in unserem Paragraphen findet, ist es nicht die der Haupt- zur Nebensache, sondern der Voraussetzung zur Folge. Wir sehen also: die sonst reichsrechtlich-technische Bedeutung des Urteils in der Hauptsache als Gegensatz zu dem Urteil über prozeßhindernde Einreden, d. h. über die Prozeßvoraussetzungen, ist in ihr gerades Widerspiel verkehrt! In § 1669 werden unter „Ansprüchen" mitverstanden Hypotheken, Grundschulden und Wertpapiere. Die letzteren verkörpern wohl Ansprüche, sind aber nicht selbst Ansprüche; und auch erstere beiden sind im Sinne des Entwurfes keine Ansprüche. Nach den Motiven (zum 1. Titel des 4. Abschnittes von Buch 3) kennt der Entwurf nur Eigen-

Digitized by Google

tum an einer (körperlichen) Sache, nicht aber Eigentum an einem Recht, also auch nicht an einem — Sachen und Rechte — umfassenden Vermögen. Und doch spricht der § 1042 von dem „Eigentümer" eines Vermögens[1].

Wir kommen zu dem zweiten für die juristische Präcision maßgeblichen Moment: Verwendung jedes Ausdruckes nur in einer, nicht in mehrfachen verschiedenen Bedeutungen. Auch in dieser Beziehung weist der Entwurf inkorrekte Bestimmungen auf. Nach der Natur der Sache sind es aber nur recht wenige. Der gefährlichste Bedeutungswechsel findet mit dem Ausdruck die „bedingte Verpflichtung" statt. In § 132 wird dieser Ausdruck zur Bezeichnung nicht bloß der obligatorischen, sondern auch der dinglichen bedingten Bindung gebraucht. Hingegen wird in § 134 unter dem bedingt Verpflichteten nur der obligatorisch bedingt Gebundene, der bedingte Schuldner, und in § 135 nur der dinglich Gebundene verstanden — also ein dreifacher Wechsel! In den §§ 128/131 ist die Rede von der rechtlichen Wirkung eines bedingten Rechtsgeschäftes, in den §§ 141/142 von der rechtlichen Wirkung eines befristeten Rechtsgeschäftes, allein in nicht völlig identischer Bedeutung. In den §§ 128/131 ist der Inbegriff aller Wirkungen des Rechtsgeschäfts, in § 141 dessen Wirkungen außer der Möglichkeit rechtlich relevanter Geltendmachung und in § 142 wieder der gesamte Inbegriff seiner Wirkungen einschließlich der Geltendmachung gemeint. Übrigens ist es weder richtig als von der Bedingung abhängig zu bezeichnen die rechtliche Wirkung, noch logisch bei dem suspensiv betagten Rechtsgeschäft zu sagen, daß — der Entwurf sagt „nur"! — die Geltendmachung bis zu dem Anfangstermin hinausgeschoben sein solle. Die Unrichtigkeit des ersteren beweist uns ein Blick auf das gemeine Recht. Danach

[1] Es sei gestattet, aus den Motiven I S. 119 das Bild eines seinen Mittelpunkt in sich tragenden Vermögens hervorzuheben. Giebt es denn Dinge, deren Mittelpunkt außer ihnen liegt, und wie kommt man dann in aller Welt dazu, so einen Punkt „Mittelpunkt" zu nennen?

Digitized by Google

hebt ein neues Testament das frühere auf; und dies selbst dann, wenn das zweite eine suspensiv bedingte Erbeinsetzung enthält und wegen Ausfalls der Bedingung demnächst zusammenfällt (l. 16 D. de iniustis test. 28, 3). Diese Aufhebung der älteren Verfügung ist doch sicher eine „rechtliche Wirkung" des neuen Testaments. Dieselbe bleibt aber trotz des Ausfalls der Bedingung bestehen: es sind also nicht alle rechtlichen Wirkungen des Geschäfts abhängig von der Bedingung[1]. Den Alogismus aber, der in dem Gegensatz der rechtlichen Wirkung des Geschäfts und der Geltendmachung derselben liegt, ergiebt die Erwägung, daß einmal die Möglichkeit der Geltendmachung selbst eine Wirkung des Rechtsgeschäftes ist, zum anderen, daß in dem, was unter der rechtlichen Wirkung im Gegensatz zur Geltendmachung verstanden wird, schon etwas von der Geltendmachung steckt. Die bereits vor dem Termin eingetretene Wirkung zeigt sich in der Behandlung betagter Forderungen beim Konkurse als fälliger — § 58 K. O. — und in dem Ausschluß der condictio indebiti bei der Zahlung noch nicht fälliger Schulden (§ 738). Und nun, wenn der Gläubiger gemäß dem ihm zustehenden Recht seine noch nicht fällige Forderung anmeldet und um deren Berücksichtigung bei der Verteilung bittet, liegt darin keine Geltendmachung derselben? Und wenn der Gläubiger dem Schuldner die Zurückzahlung der vor der Zeit gezahlten Schuldsumme verweigert, weil er dieselbe ja doch auf Grund des und des Schuldverhältnisses zu bekommen hätte, wenn auch vielleicht erst in 14 Tagen, so soll auch darin keine Geltendmachung des ihm zustehenden Anspruches liegen? In der Gegenüberstellung der rechtlichen Wirkung und deren Geltendmachung liegt ein aus unklarer Vorstellung hervorgegangener Gedankenfehler, der in das Gesetzbuch des deutschen Volkes keinen Eingang hätte finden sollen. Freilich hat ihm denselben die Wissenschaft suppeditiert. Hieran sei eine andere Be-

[1] Man wird nicht gegen diese auf die Natur der Bedingung im allgemeinen abzielende Deduktion sich mit Fug auf den § 1936 Abs. 2 berufen können, der für den Fall des Unwirksamwerdens der späteren Verfügung die frühere wieder zu Kräften kommen läßt.

Digitized by Google

merkung angeschlossen. In der Vorbemerkung der Motive zu dem Titel über die „Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte" — I 216 — wird das suspensiv bedingte Rechtsgeschäft als ein gültiges, aber unwirksames charakterisiert. Es ist dies derselbe Gegensatz, der uns bei dem Vertrage begegnet, den ein Minderjähriger ohne Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters eingegangen ist (§ 65; vergl. auch § 1681 Abs. 2). Auch dieser Gegensatz ist nicht zu halten. Ein Rechtsgeschäft ist gültig, heißt soviel als: dasselbe hat rechtliche Geltung, rechtliche Kraft. Das — auch von dem Entwurf unterstellte[1] — Wesen des Rechtsgeschäftes ist die Richtung auf einen Rechtseffekt; in der Hervorbringung desselben zeigt sich seine Kraft. Ein Rechtsgeschäft ohne Rechtseffekt kann daher niemals ein gültiges Rechtsgeschäft sein. Die Geltung ist eine juristische Qualifikation, die Wirksamkeit ist ihre praktische Bewährung: wo erstere zutrifft, muß auch letztere sein, wo letztere nicht ist, trifft auch erstere nicht zu. Es ist daher ein logischer Widerspruch von einem gültigen, aber in seiner Wirksamkeit noch von etwas abhängigen Rechtsgeschäft zu reden. Und in der That äußert ja auch der von dem Minderjährigen eingegangene Vertrag bereits eine recht bedeutende Wirkung: der andere Teil ist und bleibt bis auf weiteres gebunden. Abhängig von der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters ist nicht die Wirksamkeit, sondern die Vollwirksamkeit des Vertrages. Noch weniger zutreffend ist die Charakterisierung eines Rechtsgeschäftes, dessen Suspensivbedingung ausgefallen ist, als ein gültiges, aber unwirksames. Dasselbe enthält eine Normierung nur für den Fall des Eintrittes der Bedingung: der Fall der Nichterfüllung der Bedingung fällt überhaupt nicht unter das Rechtsgeschäft. Bei dem Versprechen „C dare spondeo, si Titius consul factus erit" ist für den Fall des Nichteintritts der Bedingung überhaupt nichts normiert; dieser Fall fällt jenseits des Rahmens des Rechtsgeschäftes ins Freie. Man kann daher auch in diesem Fall nicht davon reden, daß das Rechtsgeschäft durch den Ausfall der Be-

[1] Motive I 126.

Digitized by Google

dingung unwirksam geworden sei, — ebensowenig wie man von einem Pachtvertrag um das Gut A sagen kann, er sei bezüglich des Gutes B unwirksam. Das Geschäft erstreckt sich hierauf eben gar nicht.

Wir begegneten eben einem gültigen Rechtsgeschäft, welches nur bis auf weiteres noch unwirksam sein soll[1] (§§ 65, 1681), der § 107 hingegen bezeichnet als unwirksam ein ungültiges, genauer relativ nichtiges Rechtsgeschäft, der § 66 ein absolut nichtiges Geschäft, der § 1875 ein Geschäft, welches der beabsichtigten rechtlichen Wirkungen, es sei aus welchem Grunde immer, mangelt — man sieht, es geht hier ein wenig bunt zu. In § 792 wird der Begriff der Frucht im juristisch-technischen Sinn, den er im Entwurf haben soll, bestimmt. In § 855 Absatz 1 hingegen wird von Früchten in der Bedeutung des Lebens gesprochen. Die Motive III 279 sagen einfach, daß hier der Ausdruck „Früchte" nicht im Sinne des Gesetzes zu verstehen sei! Eine verhängnisvolle Doppelbedeutung weist der Entwurf auch bezüglich des Wortes beifügen auf — verhängnisvoll deswegen, weil sie auf praktisch überaus wichtigem Gebiet zu einer verkehrten Theorie führen könnte. In § 1622 heißt der zweite Absatz:

> Der neue Name ist von dem Angenommenen unter Beifügung des bisherigen Familiennamens zu führen.

Hier bedeutet Beifügung das Anschließen eines bisher für sich gebrauchten Wortes an ein anderes, welches ebenfalls bisher für sich bestanden hat. Andererseits spricht der Entwurf aber auch davon, daß einem Rechtsgeschäft eine Bedingung beigefügt ist[2] (§§ 128, 129, 282 Abs. 2, 870, 1760, 1761, 1764 Abs. 1, 1867 Abs. 2 Nr. 1, 1869). Danach würde es sich auch hier um einen derartigen äußerlichen Anschluß handeln; es wären nicht eine einheitliche,

[1] In § 828 Abs. 3 ist von einem Vertrage die Rede, der erst noch bindend werden soll!

[2] Ebenso spricht der Entwurf auch vom Beifügen einer Zeitbestimmung (§§ 139, 140).

Digitized by Google

sondern zwei Willenserklärungen in Frage, von denen die eine der anderen hinzutreten würde, ohne mit ihr organisch verwachsen zu sein. Allein nach den Motiven I 251 haben die Redaktoren jedes — (auch das resolutiv) — bedingte Rechtsgeschäft als eine einheitliche Willenserklärung aufgefaßt, welcher die Bedingung untrennbar innewohnt, und daß diese Auffassung auch die des Entwurfes geworden ist, beweist die Bestimmung des § 139, wonach eine unverständliche oder widersinnige Bedingung das Rechtsgeschäft nichtig macht. Denn hätte der Entwurf die Einheitlichkeit des auflösend bedingten Rechtsgeschäftes verneinen und sich der Auffassung eines aus zwei selbständigen Teilen zusammengesetzten Rechtsgeschäftes — einer unbedingten Hauptwillenserklärung und einer auf die Wiederaufhebung von deren Wirkung gerichteten, aufschiebend bedingten Nebenwillenserklärung — anschließen wollen, so hätte er in solchem Falle zwar die Nebenwillenserklärung als nichtig, hingegen die Hauptwillenserklärung als vollgültig behandeln müssen. Ist aber jede Bedingung ein organischer Teil des Rechtsgeschäftes, so ist sie diesem nicht beigefügt; das Beifügen setzt bereits die Existenz eines gewissen anderen Dinges voraus, an welches die Anschließung erfolgen soll, hier also die Selbständigkeit des Rechtsgeschäftes gegenüber der Resolutivbedingung. Wir sehen hier zum zweiten Mal, daß die Ausdrucksweise des Entwurfes mitten in der Auffassung steht, welche er als unrichtig verwirft. Vom Standpunkt der vom Entwurf gebilligten Auffassung ist die Wendung von der einem Rechtsgeschäft beigefügten Bedingung ebensowenig zu verstehen wie der Satz: Einem Kaufvertrage ist die Bestimmung des Kaufpreises beigefügt. Ohne und vor der Vereinbarung des Kaufpreises ist noch kein Kaufvertrag vorhanden, vor der Fixierung der Resolutivbedingung ist das — als auflösend bedingt beabsichtigte — Rechtsgeschäft noch nicht vorhanden, folglich kann ihm auch nichts beigefügt werden.

Unter dem Inhaber versteht der Entwurf nur den gegenwärtigen Inhaber, nicht auch den dejizierten; letzteren bezeichnet

Digitized by Google

er vielmehr auch da, wo seine Bezeichnung als Inhaber nach dem Zusammenhang einem Zweifel nicht ausgesetzt wäre, als „denjenigen, welchem die Inhabung durch verbotene Eigenmacht entzogen ist". Hat sich der Entwurf einmal zu dieser schwerfälligen Ausdrucksweise im Interesse vermeintlich höherer Deutlichkeit entschlossen, so nimmt es dann um so mehr wunder, wenn man in § 821 dem Inhaber in der Doppelbedeutung des gegenwärtigen und des gewesenen, aber dejizierten Inhabers begegnet. In Titel 3 des ersten Abschnittes von Buch 2 ist die Erfüllung von der Hinterlegung scharf geschieden, indem beide unter verschiedenen Nummern abgehandelt sind (I, II), hingegen wird in § 329 von der „Erfüllung durch (öffentliche) Hinterlegung" gesprochen. Unter dem Begriff „Veräußerung" versteht der Entwurf meist (§§ 871, 1011, 1059, 1353, 1511, 1651, 1669) die Aufgabe der Substanz eines Rechtes. Danach ist Veräußerer, wer das Recht aufgiebt, nicht aber, wer sich zu dessen Aufgabe nur verpflichtet. Im Widerspruch damit nennt der § 370 Veräußerer denjenigen, der sich zur Veräußerung einer Sache verpflichtet.

Als drittes Moment für die Zweifel möglichst ausschließende Genauigkeit der Fassung haben wir festgestellt: die Wiedergabe desselben Gedankens durch denselben Ausdruck, die Schaffung einer festen Terminologie durch Aufstellung technischer Bezeichnungen. Die Verfasser des Entwurfes waren ersichtlich bemüht, unmotivierten Wechsel im Ausdruck zu vermeiden. Und in der That ist dies für ein Gesetz von um so größerer Bedeutung, je tendenziöser seine Sprache ist. Wo jede Wendung, jedes Wort mit einer ganz bestimmten Absicht gebraucht erscheint, muß jede Wendung, jedes Wort auch notwendig Gegenstand der Interpretation werden, und jeder Wechsel im Ausdruck der auslegenden Thätigkeit des Gelehrten, des Richters, des Anwalts die Vermutung einer damit beabsichtigten sachlichen Abweichung nahe legen. Je mehr sich eine Gesetzgebung von der naiv-natürlichen Redeweise des Volkes entfernt, um so ängstlicher muß sie jeden sachlich nicht gebotenen Wechsel im Ausdruck ver-

Digitized by Google

meiden, will sie nicht zahlreiche Quellen mißverständlicher Auslegung eröffnen[1]. Es ist dem Entwurf nicht allenthalben gelungen, dieses Postulat zu erfüllen.

In § 297 spricht der Entwurf von Vorzugsrechten, in § 317 von bloßen Vorzugsrechten; in § 313 ist die Rede von Rechten, die zu einem Vermögen gehören, in § 317 von Gegenständen, die dem Schuldner rechtlich zugehören. Bei der Societät werden nach § 631 Abs. 1 alle beizutragenden Gegenstände gemeinschaftlich (entweder dem Recht oder dem Gebrauch oder der Nutzung nach). Hingegen scheidet der § 656 die eingebrachten Gegenstände in gemeinschaftliche (Abs. 2) und nicht gemeinschaftliche, d. h. diejenigen, die nur zum Gebrauch oder zur Benutzung eingebracht sind (Abs. 1). Zugleich fällt auch die Zusammenstellung von Gebrauch und Benutzung auf: — welches ist der hier gemeinte Unterschied zwischen beiden? —, sowie ferner der Wechsel im Ausdruck gegenüber dem § 631, der von Gebrauch und Nutzung spricht; „Nutzung" ist ein technischer Ausdruck (§ 793), nicht aber „Benutzung". Welches ist das Verhältnis der Nutzung des § 631 zu den Nutzungen des § 793 und zu der Benutzung des § 656 und, wenn letztere etwas anderes bedeutet, fallen für den § 656 die zur Nutzung eingebrachten Gegenstände etwa unter die gemeinschaftlichen Gegenstände oder ist ihrer völlig vergessen? Man sieht, welchen Rattenkönig von Fragen solch willkürlicher Wechsel im Ausdruck erwachsen lassen kann. Entsprechend dem Gebrauch der Reichsgesetze (§§ 14, 44 Konkursordnung) bedient sich der Entwurf in den §§ 946 ff. des Ausdruckes „Miteigentum", hingegen in dem § 855 der Bezeichnung „gemeinschaftliches Eigentum" für dieselbe Rechtserscheinung, was zum Aufbau einer besonderen Theorie des letzteren geradezu verlockt. In § 158 ist von dem Eintritt der Bedingung die Rede, sonst (vergl. § 130) von der „Erfüllung" der Bedingung. Bunt durcheinander gehen die Be-

[1] Vergl. oben S. 11.

Digitized by Google

zeichnungen „Rechtsgeschäft" und „Willenserklärung" (Buch I Abschnitt 4); unter letzterer versteht der Entwurf nur die rechtsgeschäftliche Willenserklärung; dies zeigt sich insbesondere in dem Gebrauch dieses Wortes in § 64 Abs. 3. In § 66, welcher von „Rechtsgeschäften" handelt, hätte man lieber Willenserklärungen oder noch besser „Rechtshandlungen" gewünscht. Die unter die Vorschrift des Paragraphen fallende Anzeige von der geschehenen Cession (§ 306) ist doch nur sehr gewaltsam unter die „Rechtsgeschäfte" einzureihen. Der Umstand, daß auch an solche Akte bei den „Rechtsgeschäften" des § 66 gedacht wurde, bildet wohl auch den Grund, aus dem hier von deren „Unwirksamkeit", hingegen in § 64 Abs. 3 bei den Willenserklärungen geschäftsunfähiger Personen von „Nichtigkeit" die Rede ist[1], — ein Wechsel im Ausdruck, der leicht auch in der Sache irreführen könnte. Dem Nießbraucher wird in § 980 das Recht gewährt, alle Nutzungen zu *ziehen*, dem Pfandgläubiger in § 1154 das Recht die Nutzungen zu *beziehen*, — was soll damit wohl für ein Unterschied in der Rechtsstellung beider angedeutet sein? Der Gegensatz, daß der Nießbraucher die Früchte zu eigenem Recht und für eigene Rechnung, der Pfandgläubiger zu eigenem Recht, aber für fremde Rechnung erlangt, kann doch unmöglich darin angezeigt sein sollen! Während regelmäßig von dem *Erlangen* der *Geschäftsfähigkeit* seitens geschäftsunfähiger Personen die Rede ist (z. B. § 65 Abs. 6), beliebt § 1251 davon zu sprechen, daß der Geschäftsunfähige *aufgehört hat geschäftsunfähig zu sein*. Für die erlaubenden Rechtssätze hat der Entwurf nicht weniger als *sieben* verschiedene Formen. Dieselben werden ausgedrückt mit den Wendungen:

> kann[2] — darf[3] — ist berechtigt[4] — ist befugt[5] — hat das Recht[6] — hat den Anspruch[7] — steht das Recht zu[8] —,

ohne daß bei jedem dieser verschiedenen Ausdrücke eine sachliche

[1] Hölder a. a. O. S. 63. — [2] §§ 210, 586, 557. — [3] § 590. — [4] §§ 11, 556. — [5] §§ 854 Abs. 2, 1877, 1898, 2000. — [6] §§ 583, 848, 855 Abs. 2, 1909. — [7] § 851. — [8] §§ 207, 552.

Abweichung gegenüber den anderen beabsichtigt erscheint[1]. Weniger mannigfaltig ist der Entwurf bei dem Ausdruck der Verpflichtung, die er jemandem auferlegt:

hat (mit dem Imperativ)[2] — ist verpflichtet[3] — ist verbunden[4] — ist (mit dem Imperativ)[5].

In § 20 wird von dem Aussprechen der Todeserklärung und der Urteilserlassung, in dem darauf folgenden Paragraphen aber von der Erlassung der Todeserklärung gesprochen. Der § 14 bezeichnet den sonst (§§ 9, 11, 21, 23) immer als Verschollenen bezeichneten als „Abwesenden". Auch dieser Wechsel entbehrt eines rechtfertigenden Grundes. Der Entwurf geht anscheinend dabei von einer schiefen Auffassung des Begriffes „Verschollenheit" aus. Verschollen ist derjenige, von dem man infolge längerer nachrichtenloser Abwesenheit nicht weiß, ob und wo er lebt. Sobald diese Unkenntnis eingetreten ist, liegt Verschollenheit vor; geht demnächst eine Nachricht von dem Leben ein, so wird die Verschollenheit beendigt, aber nicht ungeschehen gemacht: der Betreffende ist nicht mehr verschollen, war es aber. Der Entwurf hingegen vermeint, daß solche nachträgliche Nachricht nicht die bereits eingetretene Verschollenheit beendige, sondern beweise, daß Verschollenheit fälschlicherweise unterstellt wurde. Daher bezeichnet er den sich auf das Aufgebot hin meldenden Verschollenen als „den angeblich Verschollenen" (§ 17) und bezeichnet in § 14 bei der Aufforderung, sich bei Meidung der Todeserklärung zu melden, den Adressaten der Aufforderung nicht als den Verschollenen, sondern als Abwesenden: ein Abwesender könne sich wohl melden, nicht aber ein Verschollener; das gäbe einen Widerspruch gegen den Verschollenheitsbegriff des Entwurfes. Während der § 17 sich damit begnügt, daß der

[1] So wäre z. B. in § 555 S. 2, wo gesagt ist:

Der Verleiher kann dieselbe (die entliehene Sache) aber auch schon vorher zurückfordern . . . . ,

logisch-präciser statt des „kann" wohl ein „darf". Er kann es z. B. nicht, wenn der Entleiher mit der Sache verschollen ist.

[2] §§ 1725, 1533, 213. — [3] §§ 1906, 1907. — [4] § 863. — [5] § 1724.

Digitized by Google

Verschollene sich meldet, verlangt die öffentliche Aufforderung des § 14 von ihm, daß er den Widerspruch gegen die d. i. seine eigene Todeserklärung anmelde, also, wenn er im Aufgebotstermin erscheint, nicht etwa bloß sagt: „hier bin ich", sondern feierlich erklärt: „hiermit melde ich den Widerspruch gegen meine Todeserklärung an" — eine wenig geschmackvolle Formulierung. Die §§ 144 ff. enthalten Erklärungen darüber, was der Entwurf unter culpa, error, Kennen- und Wissenmüssen versteht. Während jedoch die anderen Paragraphen es als selbstverständlich voraussetzen, daß damit nur der Sinn, in dem die betreffenden Bezeichnungen im Gesetz gebraucht sind, festgestellt werden soll (Motive I 279 Absatz 2), wird dies im Eingange des § 146 besonders mit den Worten „im Sinne des Gesetzes" hervorgehoben, was über den Geltungsumfang der dieser Worte entbehrenden §§ 144, 145 unnötige Zweifel zu erregen vermag[1]. In den §§ 980, 1044, 1051, 1062, 1135, 1145 ist gesagt, daß die daselbst behandelten Rechte zu Gunsten einer bestimmten Person bestellt werden müssen, in den §§ 952, 961, daß Vorkaufsrecht und Erbbaurecht einer Person zustehen. Zweierlei ist hier als gemeinter Gegensatz an sich denkbar. Einmal die nur für eine bestimmte Person begründbaren Rechte sind unveräußerlich und unvererblich, während die anderen vererblich und veräußerlich seien — allein dies ist thatsächlich unrichtig, vergl. z. B. §§ 1011, 1048, 1059; ja, das Vorkaufsrecht, bei welchem nur von einer Person — nicht von einer bestimmten Person — gesprochen, ist gerade unvererblich und unveräußerlich — §§ 954, 486, 487 Nr. 1 —. Zum andern kann der Gegensatz von subjektiv-persönlichen und von subjektiv-dinglichen Rechten damit angedeutet sein sollen. Allein auch das trifft nicht zu; denn das für eine Person schlechthin — nicht eine bestimmte Person — begründbare Erbbaurecht soll nach den Motiven III 468 Nr. 7 als subjektiv-dingliches Recht gerade nicht konstituierbar sein und die Definition des Vorkaufs-

[1] Nach den Motiven I 280 spricht der Entwurf von Absicht, wenn der Zweck bezeichnet werden soll, dessen Erreichung gewollt ist, — aber giebt es denn auch Zwecke, deren Erreichung nicht gewollt ist?

Digitized by Google

rechtes, die der Entwurf in § 952 Abs. 1 giebt und die auch nur von einer — nicht einer bestimmten — Person spricht, hat allein und ausschließlich das subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht im Auge, während das subjektiv-dingliche in Absatz 2 unter Nr. 2 besonders erwähnt wird. Wenn nun aber diese beiden Gegensätze danach nicht gemeint sein können, welche sonstige Feinheit liegt dann in der augenscheinlich absichtlichen Verschiedenheit des Ausdruckes versteckt? In § 98 ist von einer Willenserklärung, bei welcher ein wesentlicher Irrtum mit untergelaufen ist, bestimmt, daß dieselbe nichtig ist. Hingegen besagt § 99 Abs. 1 von derselben, daß sie „für nichtig zu erachten" sei. Danach scheint es sich um eine an sich gültige, nach positiver Bestimmung aber als nichtig zu behandelnde Willenserklärung zu handeln und damit die Vertrauenstheorie im Gegensatz zum Willensdogma als die grundsätzlich richtige angenommen zu sein — es begegnet uns hier wieder die bereits öfter konstatierte Erscheinung, daß die Fassung auf dem Boden einer Theorie erwachsen ist, welche der Entwurf verwirft. Das anstößige „zu erachten" hat sich lediglich verlaufen, es ist eine „vox fugitiva" und gehört zu dem folgenden „ist gültig", so daß der betreffende Satz folgendermaßen lauten müßte:

> Die nach § 98 nichtige Willenserklärung ist für gültig zu erachten, wenn dem Urheber grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Die an einem wesentlichen Irrtum krankende Erklärung ist nach dem vom Entwurf adoptierten Willensdogma notwendig nichtig und bleibt es, wie auch immer der Irrtum entstanden sein mag; insbesondere kann sie auch nicht um deswillen gültig werden, weil dem Urheber lata culpa zur Last fällt. Wohl aber kann das Gesetz verfügen, daß diese nichtige Erklärung in solchem Fall als rechtsbeständig zu behandeln, „für gültig zu erachten" sei. Höchst willkürlich verfährt der Entwurf in der Verwendung des Wortes „rechtlich". Es ist völlig unerfindlich, warum dasselbe hier hinzugefügt, dort weggelassen ist. In § 158 ist die Rede von dem Zeitpunkt, wo Befriedigung „rechtlich verlangt werden" kann, hingegen in § 221 von einer Entschädigung,

Digitized by Google

welche nur in gewissen Fällen „gefordert werden" kann und in § 301 wieder von den zur „rechtlichen Verfolgung" der Forderung nötigen Aufschlüssen[1]. Das frappierendste Beispiel aber für den willkürlichen Wechsel im Ausdruck bieten diejenigen Bestimmungen des Entwurfes, in denen eine ipso-iure-Wirkung konstatiert wird. Es geschieht dies auf fünffach verschiedene Weise. Einmal durch die Formel „von Rechts wegen". So in § 129:

> Ist einem Rechtsgeschäfte eine auflösende Bedingung beigefügt, so endigt die durch dasselbe erzeugte rechtliche Wirkung mit dem Zeitpunkte, in welchem die Bedingung erfüllt ist, dergestalt, daß der frühere Zustand von Rechts wegen wieder hergestellt wird[2].

Danach muß es außer den von Rechts wegen eintretenden Wirkungen auch solche geben, bei denen dies nicht der Fall ist. Damit hätten wir glücklich eine Rechtsordnung, welche Wirkungen statuiert, die nicht von Rechts wegen eintreten — das ist eine sich selbst vernichtende Rechtsordnung. Aber damit nicht genug. Außer den von Rechts wegen stattfindenden Wirkungen kennt der Entwurf noch Wirkungen, welche kraft des Gesetzes eintreten:

> § 2025.
>
> Der Übergang der Erbschaft auf denjenigen, welcher durch Verfügung des Erblassers von Todes wegen oder durch Gesetz als Erbe berufen ist, erfolgt ... kraft des Gesetzes[3].

Ist das nun eine Wirkung, die kraft des Gesetzes und von Rechts wegen eintritt, oder eine solche, die kraft des Gesetzes, aber nicht von Rechts wegen eintritt? Ferner: versteht man „Gesetz" nicht in dem engeren Sinn von staatlicher Rechtssatzung, sondern

---

[1] Vergl. noch § 191 Abs. 1 S. 2, wo auch das Wort „rechtlich" fehlt.

[2] Die letzten zwei Worte stehen als auf eine Wiederherstellungsthätigkeit deutend in schneidendem Widerspruch zu dem „von Rechts wegen".

[3] Hier hätten wir also den schönen Satz: Der durch das Gesetz als Erbe Berufene wird Erbe kraft des Gesetzes, — ja, wodurch sollte er es denn sonst werden?

Digitized by Google

in dem weiteren einer jeden Rechtsnorm ohne Rücksicht auf ihre Entstehungs- und Erkenntnisquelle, wie das der Entwurf in Anlehnung an den Sprachgebrauch der Reichsprozeßgesetze thut, so giebt es keine rechtliche Wirkung außer kraft des Gesetzes. Endlich findet sich letztere Wendung auch noch in einem völlig anderen Sinn in § 1249. Während sonst mit der Bezeichnung kraft des Gesetzes ausgedrückt werden soll, daß eine gewisse Wirkung auf Grund eines gewissen Thatbestandes eintrete, ohne daß es des Thätigwerdens eines Beteiligten dazu bedürfe, soll hier damit gerade gesagt sein, daß die zur Herbeiführung der erwünschten Wirkung, der Eheschließung, erforderliche Thätigkeit, die Erklärung des erfolgten Eheschlusses, vom Standesbeamten vorgenommen werde auf Grund der ihn hierzu ermächtigenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Ja, es sollte gerade durch die Stellung, welche den in Rede stehenden Worten angewiesen ist, die nach dem § 52 des Personenstandsgesetzes vom 6. Februar 1875 mögliche Deutung, daß „die Eheschließung kraft des Gesetzes vollzogen sei und der Ausspruch des Standesbeamten nur eine deklaratorische Bedeutung habe" (Motive IV 40), ausgeschlossen werden. Daran, daß die Wendung „kraft des Gesetzes" regelmäßig jene eben festgestellte Bedeutung hat, werden wieder Zweifel erregt durch solche Stellen, welche von Wirkungen reden, die nicht bloß kraft des Gesetzes eintreten, sondern auch ohne Thätigwerden eines Beteiligten:

§ 1343.

Die Vereinigung des Vermögens der beiden Eheleute zu dem Gesamtgute tritt kraft des Gesetzes ein, ohne daß es einer Übertragung bedarf.

Denn danach hat es den Anschein, daß es auch Rechtswirkungen gebe, die kraft des Gesetzes eintreten, zu deren Herbeiführung es aber doch noch eines Thätigkeitsaktes eines zur Herbeiführung derselben Verpflichteten bedürfe. Ferner begegnen uns außer den Wirkungen, die kraft des Gesetzes eintreten, auch solche, welche unmittelbar kraft des Gesetzes erfolgen:

Digitized by Google

§ 300.

Ist die Übertragung unmittelbar kraft des Gesetzes erfolgt . . .

Das scheint eine neue feine Distinktion andeuten zu sollen. Aber auch damit sind wir noch nicht zu Ende. Der Entwurf kennt schließlich noch Rechtswirkungen, die unmittelbar auf Gesetz beruhen:

§ 294.

Die Übertragung (einer Forderung) kann auf einem Vertrage . . . oder unmittelbar auf dem Gesetze beruhen[1].

Sind das nun Wirkungen, die zugleich von Rechts wegen und kraft des Gesetzes bezw. unmittelbar kraft des Gesetzes erfolgen oder sollen sie von diesen durch die verschiedene Kennzeichnung der Art ihres Eintrittes auch sachlich geschieden werden? Mit all diesen Formulierungen begeht der Entwurf drei Fehler. Derselbe will mit ihnen sämtlich besagen, daß die statuierte Wirkung ohne Thätigkeitsakt eines Beteiligten eintritt. Nur das Erfordernis eines solchen soll negiert werden. Dies geschieht aber nicht in der dem Gedanken allein entsprechenden Negative, sondern in einer denselben schief wiedergebenden positiven Fassung. Es ist derselbe logische Fehler, der in der Theorie schon manches Unheil angerichtet hat: die Prädizierung einer richtigen Verneinung in der Form einer falschen Behauptung[2]). Denselben Fehler begeht freilich das Römische Recht mit der Konstatierung, daß gewisse Wirkungen ipso iure eintreten im Gegensatz zur Herbeiführung derselben per exceptionem, per in integrum restitutionem u. ä. Die Wiedergabe jener Worte sollen obige Wendungen enthalten. Und das ist der zweite Fehler. Übersetzt ist mit den Wendungen

[1] Die Übertragung ist ein Akt, eine Handlung. Widersprechend ist es daher von einer unmittelbar auf Gesetz beruhenden, d. h. keiner Handlung bedürfenden Übertragung zu sprechen. Statt „Übertragung" müßte es vielmehr „Übergang" heißen. Die Motive II 119 freilich bezeichnen das Gesetz als Akt!

[2] Bisweilen hat der Entwurf sich auch mit einer entsprechenden Negative begnügt. So in § 1358: Die Ehefrau ist, ohne eines Auftrages oder einer Vollmacht des Ehemannes zu bedürfen, berechtigt . . .

Digitized by Google

„kraft des Gesetzes“ und „von Rechts wegen“ zwar das Wort „iure“, nicht aber das Wort „ipso“. Und doch liegt auf diesem gerade der Ton. Dies zeigt sich einmal darin, daß dasselbe seinem Substantiv vorangestellt ist[1], und alsdann darin, daß es in l. 16 pr. D. de minoribus mit dem volltönenden merus wiedergegeben ist:

> si communi auxilio et mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium.

Danach entspricht dem „ipso iure“ nur etwa die Wendung, es erfolge eine Wirkung unmittelbar kraft des Gesetzes, sie beruhe unmittelbar auf dem Gesetze. Der dritte — und systematisch schwerwiegendste — Fehler aber ist der, daß ein durchschlagender Grund dafür, warum an zahlreichen Stellen die ipso-iure-Wirkung durch besondere Wendungen ausdrücklich konstatiert ist, in weit zahlreicheren aber nicht, völlig unerfindlich ist. Man müßte es denn als genügende Begründung erachten, daß in jenen Fällen entweder das Römische Recht eine andere Gestaltung beliebt hatte — so im Fall des Erbschaftserwerbes — oder daß in der Theorie Streit darüber besteht, ob das Römische Recht ipso iure die Wirkung eintreten läßt oder nicht — so bei der erfüllten Resolutivbedingung. Allein so richtig es ist, daß jede Gesetzgebung den Gegensatz, in den sie zu dem bisher geltenden Recht tritt, und den Standpunkt, den sie gegenüber den vorhandenen Streitfragen einnehmen will, deutlich erkennen lassen muß, so bedenklich ist doch, dies in der von dem Entwurf beliebten Weise zu thun, nämlich so, daß um dieses Zweckes willen die vom Entwurf gewollte Gestaltung in einer Fassung hervorgehoben wird, welche sie formell auch im Gegensatz befindlich erscheinen läßt zu allen den Fällen, in denen genau dieselbe Gestaltung des Rechtsverhältnisses statthat, aber ohne daß dies (mangels entgegenstehender Normen des vorhandenen Rechts oder bezüglicher Kontroversen, bisweilen sogar trotz solcher) besonders hervorgehoben ist. Das frappierendste Beispiel hierfür bietet der § 871. Es handelt sich

[1] Doch findet sich auch die Wendung iure ipso vergl. l. 9 § 1 D. usufr. quemadm. cav. 7, 9.

Digitized by Google

um die Auflassung eines Grundstücks unter einer auflösenden Bedingung (oder einem Endtermin). In Absatz 3 ist nun gesagt:

> Mit dem Eintritte der Bedingung (oder des Endtermins) geht das Eigentum an dem Grundstücke auf den Rückfallsberechtigten über.

Hier fehlt jede besondere Andeutung, daß diese Wirkung eintrete von Rechts wegen, kraft des Gesetzes, unmittelbar kraft des Gesetzes, während der den allgemeinen Grundsatz über die Wirkung der erfüllten Resolutivbedingung enthaltende § 129 ausdrücklich ausspricht, daß die Wiederherstellung des früheren Zustandes von Rechts wegen erfolge. Diese Verschiedenheit der Fassung ist um so weniger unbedenklich, als ja schon an sich die besondere Normierung eines einzelnen unter einen der vom Gesetz aufgestellten allgemeinen Grundsätze[1] fallenden Thatbestandes die Vermutung nahelegt, es solle bezüglich desselben eine Besonderheit statuiert werden, und als ferner die vorhandenen Gesetze zum Teil den Eigentümer nur verpflichten, dem Rückfallsberechtigten das Eigentum zu übertragen[2]. Hingegen würde es, wenn überall da, wo die ipso-iure-Wirkung durch eine Wendung wie kraft Gesetzes oder eine der anderen verwandten besonders hervorgehoben ist, dieser schiefe und irreleitende Zusatz beseitigt[3] und die betreffenden Bestimmungen entsprechend dem Absatz 3 § 871 gefaßt würden, wohl bei jedem Einsichtigen ebenso zweifellos feststehen, welcher Art Wirkung der Entwurf eintreten lassen will. Oder ist wirklich bei jener Bestimmung ernsthaft ein Zweifel in dieser Richtung denkbar? Das Schweigen ist doch beredt genug: würde das Gesetz einen Thätigkeitsakt zur Herbeiführung der Wirkung fordern, so hätte es dies aussprechen müssen; mangels dessen versteht es sich von selbst, daß die vom Gesetz gewollte Wirkung ohne einen solchen, d. h. in der Sprache des Entwurfes von Rechts wegen, kraft des Gesetzes erfolgt.

[1] Die Motive I 119 sagen „große Grundsätze".

[2] Vergl. z. B. sächsisches Gesetzbuch § 291.

[3] Selbst in § 300 ist dies nach Analogie des § 1358 möglich — siehe oben S. 36 Anm. 2. — Über den § 294 Absatz 1, der in dieser Beziehung Schwierigkeiten bereiten könnte, vergl. unten S. 89.

Digitized by Google

Sehen wir so, daß der Entwurf nicht immer denjenigen Grad von Präcision im Ausdruck erreicht hat, den er erstrebte, so müssen wir nach der anderen Seite seines Strebens, nach seiten der Gemeinverständlichkeit, ein völliges Fiasko konstatieren: es giebt kein deutsches Gesetz, welches sich mit dem Entwurf an Unvolkstümlichkeit der Fassung auch nur entfernt messen könnte. Es sind nur wenige Partieen des umfangreichen Werkes, in welchen der Laie durch Selbstthätigkeit sich der in ihnen ausgesprochenen Grundsätze bemächtigen könnte; ja, eine nicht geringe Anzahl Bestimmungen sind sogar so unglücklich gefaßt, daß selbst der Jurist von Fach Schwierigkeiten hat ohne Zuhülfenahme der Motive festzustellen, was der Gesetzgeber eigentlich gemeint hat. Und doch spricht der Entwurf nur deutsch und ein grammatikalisch überwiegend korrektes Deutsch. Ja, wenn man unter deutsch sprechen die Aneinanderreihung von Worten versteht, die der deutschen Sprache angehören oder aus den derselben angehörigen Wortstämmen gebildet sind. Aber außer dieser ihrer Leiblichkeit hat jede Sprache — sogut wie das Recht (§ 1) — ihren eigentümlichen Geist. Und dieser Geist ist in dem Entwurf in einer Weise mißhandelt, wie es selbst in den juristischen Sprachdenkmälern früherer Zeit niemals geschehen. Was war das berüchtigte Juristendeutsch früherer Zeit doch für ein geschmackvolles Gebilde gegen dieses Volksdeutsch, das der Entwurf geschaffen. Jenes vergewaltigte überwiegend den Leib der Sprache — die Worte — und, wenn es auch mit deren Geist nicht gerade auf dem besten Fuße lebte, — die Systematisierung der Vergewaltigung des Sprachgeistes blieb unserem Entwurf vorbehalten. Die Methode ist bewundernswert. Sehen wir uns dieselbe näher an.

Die oberste Rücksicht des Entwurfes war die des absoluten Ausschlusses irgend welcher Zweifel. Was die Motive III 416 zur Begründung einer speciellen Bestimmung anführen, die Absicht der Beseitigung jedes möglichen Zweifels, das scheint den Verfassern als oberster Gesichtspunkt vorgeschwebt zu haben. Wir haben oben — S. 14 — gesehen, wie sie zu diesem Ende aller denkbaren Gestaltungen in den einzelnen Normen

Digitized by Google

Erwähnung zu thun versuchen. Dasselbe Mißtrauen gegen die zur Auslegung des Gesetzes Berufenen, dieselbe Ängstlichkeit führte dazu, alle Ausdrücke des Lebens, die sich eine Heimstätte erworben haben im juristischen Sprachschatz des Volkes, zu verbannen. Das Leben bevorzugt solche Ausdrücke, welche am unmittelbarsten eine konkrete Vorstellung zu erwecken vermögen. Eben mit dieser ihrer Fähigkeit, konkrete Eindrücke hervorzurufen, steht freilich im inneren notwendigen Zusammenhang, daß ihre Verwendung zum Ausspruch allgemeiner Grundsätze einen mehr oder minder großen Raum, dessen Deckung mit beabsichtigt ist, ungedeckt läßt. So würde das Leben sagen: Wer ein Rechtsgeschäft als Vertreter vornimmt, ohne seinen Vertretungswillen kundzugeben, wird selber berechtigt und verpflichtet. Dabei bleibt zweierlei ungedeckt. Nämlich einmal: Wie ist es, wenn dem Gegner der Vertretungswille nicht von dem Vertreter, sondern von dessen Prinzipal kundgegeben oder dieser Wille ihm sonst wie bekannt geworden ist? Und ferner: Der Vertreter wird doch nur dann berechtigt und verpflichtet, wenn sonst — abgesehen von dem Willensmangel — das Rechtsgeschäft allen gesetzlichen Erfordernissen entspricht; er wird es also z. B. nicht, wenn er wahnsinnig ist. Und wie geschickt weiß der Entwurf die fast vollständige Deckung zwischen Fassung und Gedanken zu erreichen in dem Satz:

> § 116 Absatz 2.
>
> Ist der Wille, im fremden Namen zu handeln, nicht kundgegeben[1], so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht.

Damit hätten wir denn jene Höhe der „Entkörperung", der ätherischen Verflüchtigung des Ausdruckes, jene Erhebung in die blutleere Region des absolut Abstrakten, welche zwar eine größere Deckung[2] zwischen Inhalt und Form ermöglicht, aber die Fest-

[1] Zuverlässiger wäre noch der blassere Ausdruck „kund geworden".

[2] Die völlige Deckung ist doch nur ein unerreichbares Ideal, ein süßer Wahn des Gesetzgebers. Freilich ist es psychologisch leicht erklärlich, daß derjenige, der über die größten äußeren Machtmittel, welche die Menschheit kennt, über die des Staates verfügt, die auch ihm durch die Natur der Dinge gesetzten Grenzen bisweilen vergißt.

Digitized by Google

stellung des ersteren für den Laien unmöglich macht, für den Juristen erschwert. Es bedarf bloß des Aufwerfens der Frage, was man lieber in den Kauf nehmen soll, jene weniger vollständige Deckung bei konkreter Fassung oder diesen Mangel der abstrakten Fassung, um der treffenden Antwort gewiß zu sein. Es sei gestattet, als weitere Beispiele dieser den gesetzgeberischen Gedanken bis zur Unfaßbarkeit verflüchtigenden Abstraktheit der Fassung noch anzuführen die folgenden Bestimmungen:

§ 95.

Ist der Urheber einer Willenserklärung, bei welcher der wirkliche Wille mit dem erklärten Willen nicht übereinstimmt, des Mangels der Übereinstimmung sich bewußt, so ist die Willenserklärung gültig, sofern der Urheber den Mangel verhehlt hat . . .

§ 97 Absatz 1.

Hat bei einer Willenserklärung der Urheber, welcher des Mangels der Übereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen sich bewußt war, zu täuschen nicht beabsichtigt, so ist die Willenserklärung nichtig.

§ 98.

Beruht der Mangel der Übereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrtum des Urhebers, so ist die Willenserklärung nichtig . . .

§ 1238 Absatz 3.

Dem Kind steht der Anspruch auf Erteilung der Einwilligung (zur Eheschließung) gegen den Vater oder die Mutter zu . . .

§ 821.

Hat der Inhaber die Inhabung für einen anderen, welcher für den Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache ausübt, so hat auch dieser andere die . . . dem Besitzer zustehenden Rechte.

§ 819.

Derjenige, welchem die Inhabung durch verbotene Eigenmacht entzogen ist, hat gegen den Inhaber, welcher

Digitized by Google

ihm gegenüber fehlerhaft innehat, den Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung.

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der frühere Inhaber gegenüber dem gegenwärtigen Inhaber fehlerhaft innehatte.

§ 1620 Absatz 2.

Der Angenommene und dessen Abkömmlinge erlangen weder die rechtliche Stellung von Verwandten der Verwandten des Annehmenden noch die von Verschwägerten des Ehegatten des Annehmenden; der Ehegatte eines Angenommenen oder eines Abkömmlinges desselben erlangt nicht die rechtliche Stellung eines Verschwägerten des Annehmenden.

Vor diesen und zahlreichen ähnlichen Bestimmungen[1] steht der Laie — auch der gebildete und verständige — wie vor einem kunstvoll aufgebauten Rätsel, zu dessen Lösung all seine Kraft nicht ausreicht. Und der Jurist? Geben nicht auch ihm derartige Bestimmungen zum Teil kleine Rätselchen auf, deren Lösung ihm nicht immer auf den ersten Versuch gelingt? Es bedarf oft erst einer komplizierten Geistesthätigkeit, um sich des Inhalts solch abstrakt gefaßter Sätze zu bemächtigen, erst ein umständlicher Gedankenprozeß läßt uns dies Ziel erreichen und jede Unmittelbarkeit, Ursprünglichkeit des Eindruckes geht verloren.

Die durch diese abstrakte Fassung bewirkte Unvolkstümlichkeit wird erhöht durch eine unglaubliche Gespreiztheit und Gekünsteltheit der Ausdrucksweise; denn auch abstrakt gefaßte Sätze können sich in einfach natürlicher, schlichter Weise geben[2]. Statt der Veräußerung einer fremden Sache heißt es hier „die Veräußerung einer Sache, an welcher das Eigentum dem Veräußerer nicht zusteht" (§ 876). Statt von „Kindern" ist von „einer Person, die im Kindesalter steht" (§ 64), die Rede. Statt des „unred-

[1] Vergl. Gierke a. a. O. S. 882 ff.
[2] Gierke a. a. O. S. 885.

Digitized by Google

lichen Besitzers" finden wir den „Besitzer, der weiß, daß er zum Besitze nicht berechtigt ist" (§ 931). In § 939 ist die Rede davon, daß der „Besitzer einer beweglichen Sache, welche ihm von einem Nichteigentümer übertragen ist, das Eigentum an derselben nur auf Grund der im § 879 Satz 2 enthaltenen Vorschriften nicht erworben" hat. Also: ein nur auf Grund gewisser Vorschriften nicht erworbenes Eigentum! Ebendasselbe finden wir im § 940 bezüglich des Pfandrechts. Die Ersatzforderung in Höhe der Bereicherung erscheint in § 936 als Befugnis, Ersatz zu fordern „insoweit, als der letztere (Eigentümer) infolge der Wiedererlangung der Sache durch die Verwendung aus dem Vermögen des ersteren (Besitzers, Inhabers) bereichert wird". Statt des einfachen „betreffs der Bereicherung" heißt es in § 936 „für die Beurteilung, ob und inwieweit der Eigentümer bereichert ist". Das dem Grundeigentümer gehörige Zubehör wird in § 1067 bezeichnet als „das Zubehör des Grundstückes mit Ausnahme der Zubehörstücke, welche nicht in das Eigentum des Eigentümers des Grundstückes gelangt sind", in welcher Formel sich das „Eigentum des Eigentümers" besonders schön ausnimmt. Nach § 1798 geht die Ersatzerbfolge dem Anwachsungsrecht vor. Dies ist folgendermaßen ausgedrückt: „Sie (die Anwachsung) wird durch die Einsetzung eines Ersatzerben in dem Maße ausgeschlossen, daß das Recht aus der Einsetzung als Ersatzerbe dem Anwachsungsrecht vorgeht." Die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten bleibt beim Vorerben, soweit nicht der Nacherbe haftbar wird. Dies verfügt der § 1837 in folgender umständlichen Fassung: „Die Haftung des Vorerben für die Nachlaßverbindlichkeiten bleibt nach Eintritt der Nacherbfolge insoweit bestehen, als der Nacherbe für diese Verbindlichkeiten nicht in gleichem Umfange haftet." Die Zahl solcher gesuchter Ausdrücke und Wendungen ist Legion. Der dadurch hervorgerufene Eindruck der Unnatürlichkeit wird noch erhöht durch zwei Momente. Einmal. Der Entwurf weist das löbliche Streben nach einer möglichst korrekten Fassung auf. Allein auch hier zeigt sich die Neigung den an sich vollberechtigten Gedanken zu übertreiben: das Streben nach

Digitized by Google

Korrektheit artet aus zur Pedanterie. Insbesondere erscheint das für die Erreichung einer korrekten Fassung so wichtige Moment der Vermeidung irreführenden Wechsels im Ausdruck — oben S. 26 — verzerrt zur Schablonenhaftigkeit. Jeder einmal gebrauchte Ausdruck wird als technischer festgehalten, mag er sich auch seiner Natur nach noch so wenig zur Verwendung in technischer Bedeutung eignen, und nun endlos abgehetzt, wo sich immer Gelegenheit dazu bietet (vgl. unten S. 49). Fast jede Seite bietet einen Beleg für den Erfolg, mit dem der Entwurf versucht hat, alle seine Wendungen, für deren Wiederholung sich ihm Gelegenheit bot, zu typischen zu machen und ohne die minimalste Abweichung sich wiederholen zu lassen. Daher hier nur wenige Beispiele zur Charakterisierung[1]. Wenn der Entwurf einmal von „dem auf Errichtung der Stiftung gerichteten Willen" oder „dem die Errichtung bezweckenden Rechtsgeschäft" gesprochen hat, so muß sich dieser Ausdruck immer einstellen, wo es nur möglich (§§ 59, 62). Beginnt der Absatz 2 des § 62 mit der Wendung: „Ist zur Errichtung einer Stiftung ... erforderlich", so muß der nächste Absatz, wenn angängig, wörtlich ebenso gefaßt sein. Wie oft kehrt nicht der „Pächter und Verpächter eines landwirtschaftlichen Grundstückes" wieder (§§ 539 ff.). So giebt es ganze typisch gewordene Paragraphen: der § 1367 im Verhältnis zu § 1426 Nr. 1 und 3/5, § 1511 gegenüber dem § 1674 Nr. 1/3, 6, 9/12, 14, § 1270 gegenüber § 1567, § 1287 gegenüber § 1347. Zum zweiten. Eine überaus große Anzahl von Bestimmungen des Entwurfes bildet kein in sich geschlossenes und aus sich verständliches Ganze, sondern weist über sich hinaus. Dies geschieht in zweierlei Weise. Zuvörderst im Wege der Fiktion[2]. Denn wenn dieselbe einem vorhandenem Thatbestand etwas hinzu- oder hinwegdichtet und ihn diesem geänderten Thatbestand entsprechend behandelt wissen will, so statuiert die Aufstellung jeder Fiktion die Anwendbarkeit der für letzteren gegebenen Normen. So besagt die Fiktion in dem Schlußsatz des § 599,

[1] Weitere Beispiele finden sich in anderem Zusammenhange oben S. 15/16 zusammengestellt. Gierke a. a. O. S. 863 ff.

[2] Gierke a. a. O. S. 889.

Digitized by Google

wonach für die von dem Mandatar nach dem Tode des Mandanten einstweilen noch weiter vorzunehmende Geschäftsbesorgung „der Auftrag als fortbestehend anzusehen ist", daß auch auf sie die §§ 594 596 Anwendung finden (vergl. auch §§ 603, 654). Der Entwurf wimmelt von Fiktionen; es dürfte kaum eine Seite geben, auf der sich nicht eine solche findet, meist aber sind es deren mehrere. Unter den 16 Paragraphen des Titels „Bedingung und Befristung" sind nicht weniger als fünf (ganz oder teilweise) auf Fiktionen abgestellt; von den sieben Paragraphen des folgenden Titels weisen drei — darunter die zwei grundlegenden — Fiktionen auf. Nach § 1245 muß sich ein staatlich bestellter Standesbeamter gefallen lassen, daß seine Eigenschaft als Standesbeamter einfach fort fingiert wird, und nach § 1972 muß sich sogar jemand, der frisch und fröhlich sich seines Daseins freut, sich bereits als tot behandeln lassen. Sehr gemütvoll ist der Entwurf mit seinen Fiktionen, wie man sieht, gerade nicht. Und wie willkürlich springen die Fiktionen um. Während in § 1816 dem Vorerben eine Stellung gegenüber dem Nacherben angewiesen wird, die sich scharf von der des letzteren abgrenzt, wie die des Nießbrauchers zum Eigentümer, sollen nach § 1838 beide als eins gelten, eine neue Auflage der „unitas personae": die Handlung eines ist die Handlung beider. Ein zweites Mittel, wodurch viele Bestimmungen des Entwurfes über sich selbst hinausweisen, sind die zahlreichen Citate von Paragraphen, die in dem betreffenden Falle „entsprechende Anwendung" zu finden haben. Die citierten Paragraphen enthalten wiederum nicht selten Bezugnahme auf weitere Paragraphen und so fort. Wenn man sich vergegenwärtigt, wie leicht sich zwar eine „entsprechende Anwendung" vorschreiben läßt, welche feine Erwägungen und schwierige Entscheidungen ihre Durchführung aber erfordert und wie diese Schwierigkeiten mit den weiteren Verweisungen sich ins ungemessene häufen, so kann man sich vorstellen, in welchem Maße die Methode des Entwurfes das Verständnis für den Fachmann erschwert, die Allgemeinverständlichkeit aber vernichtet. So enthält der § 1115 eine Verweisung auf den § 839, dieser auf § 930, dieser wieder auf § 934, letzterer

Digitized by Google

weist auf § 247, dieser weiter auf § 428 und endlich der letztere auf § 364 — eine Verweisung in sechster Potenz[1].

Was nach alledem nun noch etwa von Gemeinverständlichkeit dem Entwurf verbleiben konnte, hat zum großen Teil eine weitere Eigenheit des Entwurfes vernichtet. Wir haben seiner Zeit — S. 14 — davon gesprochen, daß der Entwurf seine Normen so zu fassen beliebt hat, daß durch dieselben alle — auch die entferntesten — Möglichkeiten auch schon formell möglichst gedeckt sind. Das Resultat dieses Strebens war die Normierung einer großen Anzahl möglicher Sondergestaltungen eines größeren Thatbestandes, die Statuierung einer Menge Ausnahmen, Vorbehalte, Modifikationen; all dies wäre nun möglich gewesen in der Form kurzer übersichtlicher Sätze. Statt dessen hat der Entwurf sich meist bemüht, möglichst alle von ihm ins Auge gefaßten Einzelgestaltungen in einem einzigen Satz zusammenzufassen und in ihn auch noch die mannigfachen Modifikationen, die er der aufgestellten Norm angedeihen zu lassen beliebt, mit aufzunehmen. Dadurch sind wahre Satzungetüme entstanden, Sätze, die fast über eine halbe Druckseite reichen und die man wiederholt überlesen muß, um auch nur den sprachlichen Zusammenhang zu erfassen. Wir haben Sätze, welche nicht weniger als sechs Nebensätze, die sich an den Hauptsatz anschließen, aufweisen — z. B. § 1367 Absatz 2 Nr. 2 —, Sätze von 106 Worten — § 1258 Satz 1 —, ja sogar einen von 115 Worten, welcher überdies noch einen anderen von 30 Worten citiert — § 2077 —. Es bedarf keiner Ausführung, daß eine solche Einschachtelung aller möglichen Voraussetzungen und Vorbehalte in einen Satz eine Schwerfälligkeit und Undurchsichtigkeit herbeiführen mußte, über die der letzte Rest Volkstümlichkeit dem Entwurf verloren ging. Sehen wir die einzelnen Bücher des Entwurfes auf den ihnen verbliebenen Grad von Gemeinverständlichkeit hin an, so dürften dieselben wohl folgende Reihenfolge beanspruchen:

[1] Gierke a. a. O. S. 895 hat eine fünffache Potenz aufgewiesen.

Digitized by Google

1. Obligationenrecht.
2. Allgemeiner Teil.
3. Sachenrecht.
4. Erbrecht.
5. Familienrecht.

Es ergiebt sich danach die interessante Erscheinung, daß diejenigen Materien, bei denen die Volkstümlichkeit am wenigsten entbehrt werden kann, von derselben am weitesten entfernt sind.

Es seien nun noch eine Anzahl sprachlicher Unrichtigkeiten und Unschönheiten angeführt, die zwar sachlich nicht störend sind, aber doch in einem Gesetzbuch des deutschen Volkes lieber vermißt würden. Der § 1983 steht in dieser Beziehung mit den „Abkömmlingen dieses Abkömmlings" obenan; ihm schließt sich würdig an die Überschrift vor § 1538, welche lautet: Die elterliche Gewalt der Mutter — oben S. 16 —. § 69 läßt den Minderjährigen eine Verpflichtung aus gewissen Vermögensgegenständen erfüllen. Der § 249 spricht von Zinsen, die in einem Rechtsgeschäft sich gründen, der sprachübliche Ausdruck ist aber nicht sich „in" etwas gründen, sondern sich „auf" etwas gründen[1]. Auch gründen sich auf das Rechtsgeschäft nicht die Zinsen, sondern die Zinsenpflicht. Der § 4 bietet den „Todesfall des anderen Ehegatten"[2], die §§ 780, 1294, 1523 den häßlichen Ausdruck durch Verbrauch genutzte Sachen, der § 67 den nicht schöneren geschäftsfähig zu Rechtsgeschäften. Der § 1249 Absatz 2 spricht von der für den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bestimmten Zeit. Der Verlust ist ein sich auf einen Moment konzentrierender Akt, nicht ein sich auf eine gewisse Zeit erstreckender Zustand. Nicht für den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ist eine Zeit bestimmt, sondern für die durch den Verlust bewirkte Unfähigkeit. Nach § 82 kann ein Antrag, nach § 90 ein Gebot erlöschen. Hier ist derselbe Fehler begangen: Verwechselung der Thatsache mit dem durch sie bewirkten Zustand. Der Antrag, das Gebot sind unbeseitigbare

[1] Vergl. auch §§ 397, 407, 671, 672 und öfter.
[2] Hölder a. a. O. S. 23.

Digitized by Google

Thatsachen, erlöschen kann nur die durch sie herbeigeführte Wirkung: der Zustand rechtlicher Gebundenheit des Antragstellers, des Bietenden. Nach § 2163 ist die Ausgleichung in der Weise zu gewähren, daß der Verpflichtete jedem Berechtigten soviel zu entrichten hat ... Das befehlende Moment ist schon in dem „ist zu gewähren" enthalten; es ist sprachwidrig, dasselbe noch einmal in dem Konsekutivsatze hervortreten zu lassen in der Wendung „hat zu entrichten". Statt dessen müßte es „entrichtet" heißen. Abscheulich sind die zahlreichen Bildungen neuer Substantive mit der Endsilbe „ung". Den Höhepunkt bildet hier die geschmackvolle „Urteilserlassung" des § 20. Den bereits von anderer Seite[1] monierten „gewohnheitsrechtlichen Rechtsnormen stellen sich würdig zur Seite Wendungen wie: durch „Arrestvollziehung sich vollziehender Erwerb" (§ 837), durch Verfügung verfügen (§ 1753), der auf Errichtung ... gerichtete Wille, der Mangel des Rechtes des Besitzers zum Besitz (§ 933), der Satz: Ist Schadenersatz zu leisten, so umfaßt der zu ersetzende Schaden ...", ferner: „Ist als Schadenersatz der Wert eines Gegenstandes zu ersetzen ..." (statt zu leisten); störend ist auch das zweimalige „mit" in Absatz 1 des § 407: Der Anspruch auf Wandelung verjährt mit der ... bezeichneten Wirkung mit Ablauf von zwei Wochen, der doppelte Dativ „dem Mieter dem Vermieter" (§ 512), die ineinandergeschachtelten Genetive „des des Zuganges bedürfenden Grundstücks" (§ 863). Nach § 1192 erlischt das Pfandrecht mit dem Erlöschen ... Der § 1118 spricht von der Vorlegung der vorzulegenden Urkunden, der kurze § 2004 von „Entziehung, verziehen, Entziehung, Verzeihung". Der § 1437 läßt für den Inhalt der Eintragung den Inhalt des Antrages maßgebend sein (statt einfach: den Antrag). Nach § 1418 fallen dem Gesamtgute gewisse Lasten zur Last; der § 1364 spricht von einer Verminderung des Gesamtgutes, welche das Gesamtgut

[1] Hölder a. a. O. S. 13.

Digitized by Google

erlitten hat, der § 1919 Nr. 3 von einer Eigenschaft, in welcher eine mitwirkende Person mitgewirkt hat, der § 1954 von dem „Erben des Vertragserben". Ein absonderlicher Gedanke war es die „mitwirkende Person" zum Terminus zu erheben (§ 1916). Überhaupt ist der Entwurf mit der Bildung und Wahl technischer Ausdrücke nicht gerade immer glücklich gewesen. Die „Pflichtteilslast" (§ 1981), die „Ausschlagungsfrist" (§ 2031), die „Ausgleichungspflicht" (§ 2157) sind zwar nicht sehr ansprechend, aber doch ungleich erträglicher, als die zu technischen Bezeichnungen emporgeschraubten Partizipien: Der „Annehmende", der „Anzunehmende", der „Angenommene" (§§ 1601, 1612), das „Vorempfangene" (§ 2157), der „Dienstberechtigte", der „Dienstverpflichtete". Auch der „wirkliche Wille" im Gegensatz zum „erklärten Willen" (§ 95 und oft) ist keine recht für ein Gesetzbuch geeignete Bezeichnung. Ganz etwas anderes ist es in einem Lehrbuch, in dem diese Ausdrücke, nachdem der Leser durch die voraufgehende Ausführung vorbereitet ist, sehr wohl als kurze, bequeme, wenn auch nicht völlig genaue Wendungen durchaus am Platze sein können, anders im Gesetz, wo die Ausdrücke unvorbereitet auftreten und wo jedes Wort auf seine Bedeutung Rede und Antwort stehen muß. Es giebt nur Wille und Nichtwille, hingegen nicht einen wirklichen und einen unwirklichen Willen. Wirklicher Wille ist gleich Wille. Was als Wille erklärt ist, ohne es zu sein, ist nicht ein unwirklicher Wille, sondern ein Nichtwille; es ist daher auch kein „erklärter Wille", sondern nur etwas als Wille Erklärtes. Nach § 967 kann als Grunddienstbarkeit nur eine solche Berechtigung begründet werden, welche ... Eine Grunddienstbarkeit ist aber nach § 966 eine gewisse Art der Grundstücksbelastung; die Belastung ist aber das Gegenteil der Berechtigung. Es ist daher unlogisch zu sagen, eine Berechtigung könne als Belastung begründet werden. Verwandt damit ist, daß jemand durch ein Recht verpflichtet sein kann (§ 1023). Schief ist auch die Gegenüberstellung der erlittenen Vermögenseinbuße und des entgangenen Gewinnes (§ 218). Erlitten ist beides, sowohl die Einbuße am bereits

Digitized by Google

vorhandenen Vermögen wie das Entgehen des erwarteten Gewinnes; auch umfaßt nicht, wie die Vorschrift sagt, „der zu ersetzende Schaden", sondern die Schadenersatzpflicht das damnum emergens wie das lucrum cessans. Der § 954 nennt denjenigen, der verpflichtet ist, sich den Vorkauf seitens eines Dritten gefallen zu lassen, den „Vorkaufspflichtigen". Dem natürlichen Wortsinn nach aber müßte darunter vielmehr ein solcher verstanden werden, der verpflichtet ist, den Vorkauf vorzunehmen, vorzukaufen. Überaus unschön sind die Bildungen „Schuldverpflichtung" in den §§ 275, 276 und „Arbeitsvermögen" in § 368. Der § 555 spricht von dem „bezweckten Gebrauch". Bezweckt ist aber nicht der Gebrauch, sondern irgend etwas anderes, zu dessen Erreichung der Gebrauch der Sache dienen soll. In § 471 ist die Rede von der Genehmigung oder Mißbilligung des Kaufgegenstandes. Das ist völlig undeutsch. Genehmigen, mißbilligen kann man nur das Verhalten einer Person, aber nichts anderes, weder irgend eine andere Thatsache noch gar einen Gegenstand. Oder wem fiele es ein zu sagen, er mißbillige diesen Tisch, diese abnorme Kälte! Ebensowenig deutsch ist der Ausdruck „eine Zeit, welche sich auf länger als dreißig Jahre erstreckt". Gemeint ist ein Zeitraum von mehr als dreißig Jahren. Der § 295 spricht von „einer nicht übertragbaren Eigenschaft des Gläubigers". Danach scheinen dem Entwurf auch übertragbare Eigenschaften des Gläubigers bekannt zu sein. Ein berückender Gedanke: die Möglichkeit beliebigen Ein- und Austausches von Eigenschaften. Wer allzu leidenschaftlich empfindet, tauscht mit dem Phlegmatischen etwas Phlegma gegen ein Quantum Leidenschaft aus; dasselbe thut der Sanguiniker mit dem Choleriker. Die unruhigsten Seelen können auf diesem Wege zu ruhigem Gleichgewicht gelangen, die allzu empfindungsarmen zu warmem Fühlen — ein im Interesse des einzelnen wie der Allgemeinheit gleich erfreulicher Zustand: wo Überfluß ist, wird etwas weggenommen, um es dahin zu thun, wo Mangel herrscht. Da es nicht ausbleiben kann, daß die „übertragbaren Eigenschaften" ein sehr gesuchter Artikel werden, so dürfte sich

Digitized by Google

bald ein Markt für solche bilden: die Eigenschaftsapotheken. Inkorrekt ist es, wenn in § 1246 von der „Ermangelung eines solchen Standesbeamten" d. h. eines Standesbeamten, in dessen Bezirk ein Verlobter wohnt, gesprochen wird. Das Wort „solcher" deutet stets auf eine gewisse Qualifikation. Welche Qualifikation aber verleiht denn dem Standesbeamten das Wohnen einer Person in seinem Bezirk? Was mangelt, ist nicht ein „solcher Standesbeamter", sondern der Wohnort im Bezirk des Standesbeamten. Der § 1142 fordert zur Eintragung einer Grundschuld für den Eigentümer dessen Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt, daß die Grundschuld auf seinen Namen in das Grundbuch einzutragen sei. Also die Form des Befehles einer Privatperson an den Richter! Ganz gewiß überaus unpassend und sicher nicht beabsichtigt. Eine abscheuliche Bildung ist der einseitige Abkömmling des § 1384 (und oft), — die Sprache des Lebens wenigstens würde wohl etwas ganz anderes darunter verstehen, als die Verfasser des Entwurfes damit sagen wollen. Häßlich ist auch die Wendung: folgende, nähere Bestimmungen dieses Paragraphen (§ 1046). In dem ersten Satz von § 2047 sind nicht weniger wie vier Substantive weiblichen Geschlechts zu finden: Anfechtung, Erhebung, Klage, Erbunwürdigkeitserklärung. Abgesehen von der Unschönheit dieser letzteren Wortmißbildung, fängt der nächste Satz mit einem „sie" an, welches sich auf das erste, also das entfernteste der vier Hauptwörter bezieht. Der § 1554 spricht von einer „allgemeinen Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes". Die allgemeine Sorge soll den Gegensatz gegen die Sorge für eine einzelne Angelegenheit des Kindes bezeichnen. Allein dies kann mit dem Ausdruck „allgemeine Sorge" niemals ausgedrückt werden; eine allgemeine Sorge ist vielmehr diejenige, welche die Allgemeinheit teilt, nicht die, welche sich auf alle Angelegenheiten erstreckt, die in einer Person ihren Mittelpunkt haben. Der § 1636 spricht von dem Elternteil, welcher „weder die Sorge für die Person noch die Sorge"[1] für das Ver-

[1] Diese Wiederholung der Worte „die Sorge" entstammt demselben Bestreben nach philologischer Genauigkeit, aus welcher das stumme „e" der

Digitized by Google

mögen des Mündels verloren hatte! Die verlorene Sorge — ein köstlicher Ausdruck. Der § 1672 enthält die undeutsche Wendung „die in Inhaberpapieren bestehenden Wertpapiere". Man sagt „bestehen in" von einem Ganzen bezüglich der Teile, aus denen es sich zusammensetzt. Hier handelt es sich aber vielmehr um eine nähere Qualifikation der Wertpapiere, nicht um eine Angabe der einzelnen Teile derselben. Der § 187 kennt eine von einer Sache drohende Gefahr. Nun sagt man zwar, es droht jemandem von einer Person Gefahr, aber es droht durch eine Sache Gefahr[1]. In § 190 heißt es, daß die Verurteilung auch für die erst später fällig werdenden Leistungen erfolgen kann. Allein die deutsche Sprache kennt zwar eine Verurteilung wegen und eine Verurteilung zu etwas, nicht aber eine Verurteilung für etwas. In § 604 wird von einer Befolgung des Rates oder der Empfehlung gesprochen. Befolgen kann man jedoch nur einen Rat, nicht eine Empfehlung, sofern dieselbe nicht mit dem Rat identisch sein soll. Eine Empfehlung kann man nur etwa berücksichtigen. Wenig geschmackvoll ist der § 41 gefaßt: Personenvereine und Stiftungen können die Fähigkeit haben ... gewisse Rechte zu haben[2].

Schließlich sei noch hervorgehoben, daß auch reine Pleonasmen sich im Entwurf finden. So wenn in § 1257 die Rede ist von einer nichtigen Ehe, deren Nichtigkeit nicht auf einem Formfehler beruht. In dem „zugleich" des § 878 steckt bereits das noch besonders ausgesprochene Moment „mit der Erlangung des Eigentums durch den Erwerber". Die §§ 10, 20 nehmen auf die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über das Aufgebotsverfahren, also auf ein in das Ausschlußurteil auslaufendes

Endsilben auch, wo es der Sprachgebrauch des Lebens schon längst fortgeworfen, säuberlich beibehalten ist, z. B. das Darlehen, erneuete (§ 110). Nur einmal hat, soviel wir gesehen, der Entwurf sich in dieser Beziehung vergessen; in § 219 spricht er von einer Entschädigung in Geld, nicht, wie er sonst immer den Dativ bildet, in Gelde.

[1] Vergl. auch Hölder a. a. O. S. 152.

[2] Vergl. Hölder a. a. O. S. 40.

Digitized by Google

Verfahren Bezug. Damit ist denn doch schon gesagt, daß es eine andere Art der Todeserklärung als durch Urteil nicht giebt. Das glaubt aber § 5 nochmals sagen zu müssen: „Ein Deutscher, welcher verschollen ist, kann durch Urteil für tot erklärt werden." Ebenso sind im Hinblick auf den für anwendbar erklärten § 829 Civilprozeßordnung in § 20 pleonastisch die Worte „in öffentlicher Sitzung". Einen Pleonasmus enthält auch der Ausdruck Personenverein (§ 41), da in dem Wort Verein bereits das Moment „Person" steckt; dasselbe bedeutet eine zusammengeschlossene Mehrheit von Personen[1].

Die Liste der Ausstellungen gegen die Fassung des Entwurfes ließe sich ins unendliche fortsetzen — eine wahre Leporelloliste. Allein Vollständigkeit ist hier schon um deswillen nicht erstrebt, weil sie kaum erreichbar ist. Man müßte denn sieben Achtel der Paragraphen einer eingehenden Analyse unterziehen; das würde aber Bände füllen. Vollständigkeit ist aber auch nicht erforderlich. Selbst die verhältnismäßig geringe Zahl von Proben, die im vorstehenden gegeben sind, wird genügen, um darzuthun, wie sehr der Entwurf im Ton vergriffen, in der Fassung verfehlt ist — kurz, daß der Entwurf nicht diejenige Sprache redet, die das deutsche Volk von seinem großen Gesetzbuch erwarten durfte und verlangen kann.

---

[1] Hölder a. a. O. S. 40. Allein der Ausdruck Personenverein ist nicht nur sprachwidrig, sondern auch falsch. Bis zu dem § 41, in dem er sich findet, ist nämlich von Personen nur im Sinn von natürlichen Personen die Rede. Folglich können auch die Personenvereine des § 41 nur Vereine natürlicher Personen bedeuten. Nun ist es aber zweifellos möglich, daß juristische Personen zu Mitgliedern auch wieder juristische Personen haben, ja daß sie ausschließlich aus juristischen Personen bestehen können. Vergl. den Entwurf zum Genossenschaftsgesetz § 9.

Digitized by Google

Zweites Kapitel.

Lehrhafte Abstraktionen und Distinktionen.

„Es ist nicht anzuraten, der Kommission bezüglich des allgemeinen Teiles bestimmte Vorschriften zu machen und insonderheit das Entnehmen allgemeiner Rechtssätze aus dem Besonderen als Ziel anzudeuten . . . Die Abstraktion der allgemeineren Begriffe und Rechtswahrheiten aus dem Besonderen ist nicht Sache des Gesetzgebers, sondern der Theorie, und mit Recht hat Jhering bemerkt, daß die Präcipitierung der Rechtssätze zu Rechtsbegriffen die wissenschaftliche Auffassung und Behandlung eines Rechtes von der Darstellung desselben in einem Gesetzbuche scheide, daß der Gesetzgeber sich darauf beschränken könne, seine Anforderungen in ihrer ursprünglichen, unmittelbaren, praktischen Form aufzustellen."

Das sind goldene Worte, die der bereits erwähnte[1] Bericht des Ausschusses für Justizwesen enthält. Ihre Bedeutung ist eine weit über das, was der Entwurf unter dem „allgemeinen Teil" zusammenfaßt, hinausgehende. Was für den allgemeinen Teil, ist um so mehr für die sogenannten speciellen Teile Wahrheit: jede Bestimmung, welche wegen der Allgemeinheit ihrer Fassung

[1] Oben S. 12. Vergl. Vierhaus a. a. O. S. 57.

Digitized by Google

eine unmittelbar praktische Anwendung nicht gestattet oder welche sich lediglich darstellt als die Abstraktion anderer im Gesetz enthaltener Normen, enthält eine Verkennung der Aufgabe, welche der Gesetzgeber zu lösen hat, eine Verwirrung der Grenzverhältnisse zwischen Legislative und Doktrin. Der Gesetzgeber steigt herab von seinem hohen Standpunkt, der ihm die Befugnis gewährt zu befehlen, und tauscht dafür den Platz des Lehrers ein, der da unterweist. Und immer haben noch beide, Gesetzgebung wie Doktrin, dabei schlimme Erfahrungen gemacht. Erstere, weil sie, wo sie belehren, also auf die Überzeugung wirken soll, notwendig einen Teil ihrer Autorität einbüßt, letztere, indem ihr durch die Aufstellung eines doktrinellen Satzes im Gesetz und dem ihm dadurch immerhin verliehenen Nimbus erfahrungsmäßig die Erforschung der Wahrheit erschwert wird. Die Litteratur des Preußischen Landrechts gewährt nach beiden Richtungen hin reiche Ausbeute. Freilich läßt sich für die Bestimmung der Grenze zwischen doktrinellen Rechtswahrheiten und den unmittelbar praktischer Anwendung fähigen Sätzen nicht eine bestimmte, allüberall zutreffende Formel aufstellen. Die richtige Grenze läßt nur ein gesunder Takt, ein praktischer Blick finden. Gesetze machen läßt sich nicht lernen. Die Gestaltung des Staatslebens durch die Gesetzgebung bildet einen Teil der praktischen Politik. Diese ist aber keine Wissenschaft, sondern eine Kunst. Sehen wir zu, ob die Kunst der Verfasser des Entwurfes es verstanden hat, jene Grenze richtig abzustecken.

Der Entwurf beginnt gleich mit einer lehrhaften Abstraktion aus zwei Sätzen. Aus der dem Staat in Bezug auf die Rechtspflege obliegenden Aufgabe und der damit gegebenen Stellung des von ihm zur Ausübung der Rechtspflege bestellten Organes ergiebt sich, daß der Richter nicht befugt ist, wegen vorhandener Lücken im Gesetz die Entscheidung eines an ihn gebrachten Rechtsstreites abzulehnen. Ferner: Keine Gesetzgebung vermag für alle innerhalb ihres Rahmens fallenden irgend denkbaren Rechtssätze eine unmittelbar anwendbare Norm zu gewähren. Nun ist aber das Gesetz nicht gleich der Summe seiner

Digitized by Google

einzelnen Paragraphen — sowenig als der Strom lediglich der Inbegriff der Millionen Wassertropfen — sondern ein durch allgemeine Prinzipien seine einzelnen Sätze innerlich verbindendes organisches Ganze. Diese Prinzipien ergeben außer den Untersätzen, welche im Gesetz (in denjenigen Bestimmungen, aus denen eben das Prinzip abstrahiert wird) enthalten sind, eine Reihe weiterer Untersätze und damit eine Bereicherung des Rechtes, welche dem Richter da zu Hülfe kommt, wo der unmittelbare Gesetzesinhalt ihn im Stich läßt[1]. Will nun der Richter pflichtgemäß auch da, wo das Gesetz in seiner unmittelbaren Erscheinungsform eine Lücke aufweist, eine Entscheidung treffen, so muß er nothwendig zur Aufsuchung der den einzelnen Normen zu Grunde liegenden Prinzipien schreiten, um aus diesen jene neuen Untersätze zu gewinnen, nach welchen er in dem ihm unterbreiteten Fall Entscheidung zu treffen vermag. Der § 1 meint dem Richter dies, die sogenannten Analogie, ausdrücklich vorschreiben zu müssen: er unterweist ihn, wie er seiner Pflicht nachzukommen vermag. Glaubt er sonst fürchten zu müssen, daß derselbe die Entscheidung solcher Fälle einfach ablehnen oder daß er den angegebenen Weg zur Auffindung eines auf sie anwendbaren Rechtssatzes nicht finden würde? Daß der Richter ohne diese Bestimmung dem sogenannten Naturrecht eine Entscheidungsnorm entnehmen möchte (Motive I 16/17), ist wohl ernstlich weder zu befürchten noch, wenn es zu befürchten wäre, durch den § 1 ausgeschlossen, da der von naturrechtlichen Ideen beherrschte Richter jedenfalls, wenn er auch auf dem dort angegebenen Weg eine anwendbare Norm nicht glaubt finden zu können, sich dann mangels einer ausdrücklichen Verbotsbestimmung für befugt erachten würde, zu seinem allumfassenden Naturrecht die Zuflucht zu nehmen. Es ist danach kein durchschlagender Grund ersichtlich, welcher die Aufnahme des § 1 zu rechtfertigen vermöchte. Übrigens ist auch die Unterweisung, die der Richter über die Erfüllung seiner Aufgabe durch denselben erhält, eine nicht gerade glückliche; er

[1] Vergl. Sohm, Institutionen 2. Aufl. S. 18.

Digitized by Google

wird zuvörderst auf die Suche nach einer Vorschrift für ein „rechtsähnliches" Verhältnis gesandt und, wenn er eine solche nicht finden kann, auf die Suche nach dem über den Gesetznormen schwebenden Geist[1]. Allein nach der obigen Darlegung der zur Analogie führenden Operation giebt es keine analoge Anwendung außer „aus dem Geiste der Rechtsordnung". Die sogenannte Gesetzes- und die sogenannte Rechtsanalogie unterscheiden sich grundsätzlich nicht von einander, — ihre Scheidung in der modernen Theorie ist keine Bereicherung und Befruchtung der Wissenschaft. Der Mensch ist vor seiner Geburt noch nicht und nach seinem Tode nicht mehr vorhanden; die Rechtsfähigkeit ist eine rechtliche Eigenschaft des Menschen, folglich kann auch sie weder vor der Geburt noch über den Tod hinaus bestehen. Diese tiefe Wahrheit statuiert der § 3 ausdrücklich. Daß aus demselben sich zugleich ergeben soll, daß die Rechtsordnung alle Menschen ohne Rücksicht auf ihre Individualität und ihren Willen als rechtsfähig anerkennt, ist unrichtig; vielmehr folgt dies aus dem Mangel einer gewissen Klassen die Rechtsfähigkeit absprechenden Norm. Auch wäre die Bestimmung, selbst wenn dies der Fall, lediglich eine Abstraktion aus dem „Gesamtinhalt des Entwurfes", wie die Motive I 25 selbst anerkennen[2].

Der § 13 verfügt in seinem zweiten Satz folgendes:

> Es (das Gericht) hat in jeder Lage des Verfahrens unter Benutzung der von dem Antragsteller angegebenen Beweismittel von Amts wegen die zur Feststellung jener (der im § 12 bezeichneten) Thatsachen erforderlichen Ermittelungen zu bewirken und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen.

Der Zweck dessen ist selbstverständlich, daß das Gericht in die Lage gesetzt sein soll, sich von der Richtigkeit der den Antrag auf Todeserklärung begründenden, zunächst nur glaubhaft ge-

[1] Vergl. zu § 1 die treffende Erörterung Hölders a. a. O. S. 8 ff.
[2] Hölder a. a. O. S. 18.

Digitized by Google

machten (§§ 11, 12) Thatsachen volle Überzeugung zu verschaffen. Daraus ergiebt sich, daß die Todeserklärung eben nur unter der Voraussetzung dieser vollen Überzeugung erlassen werden darf. Daß der Satz 1 des § 13 dies besonders auszusprechen für notwendig erachtet, beweist bei Vergleichung des § 597 Civilprozeßordnung, wie die Neigung des Gesetzgebers zu Abstraktionen seit der Schaffung der letzteren gestiegen ist; der § 597 begnügt sich mit einer der Vorschrift des angeführten Satzes 2 entsprechenden Norm und überläßt es dem rechtsanwendenden Organ, den derselben zu Grunde liegenden Obersatz, die Unzulässigkeit der Entmündigung ohne die volle Überzeugung des Gerichts von der Geisteskrankheit, selbst zu finden.

Der Titel über Verwandtschaft und Schwägerschaft liest sich, wie ein Kapitel in einem Lehrbuch in Grundzügen. Die Bestimmungen in den ersten beiden Absätzen des § 30 geben, wie die Motive I 65 selbst sagen, anerkannte Sätze wieder. Also wozu ihre Statuierung im Gesetz? So gut wie der Begriff der Verwandtschaft, so hätte auch der zu ihrer Definierung verwandte Begriff der Abstammung ein Anrecht auf eine Legaldefinition! Auch der Absatz 1 des § 32 enthält einen „anerkannten", der gesetzlichen Fixierung nicht bedürfenden Satz.

Der § 34 enthält eine — wenn auch nur „mittelbare" (Motive I 69) — Bestimmung des Begriffes „Wohnsitz", indem die Voraussetzungen für seine Begründung und Aufhebung angegeben werden. Daß, wenn ich die Absicht habe an einem Ort mich ständig niederzulassen, ohne zu ihrer Realisierung etwas gethan zu haben, ich dort noch nicht einen Wohnsitz habe, ist ebenso selbstverständlich, wie daß, wenn ich mich irgendwo aufhalte ohne die Absicht ständigen Bleibens, z. B. in einem Hotel auf einer Gebirgstour, ich dort nicht domiziliere. Zudem was ist das für eine eigentümliche Absicht, an dem Ort ständig zu bleiben? Es genügt jedenfalls, daß man sich regelmäßig nur zeitweise dort aufhält (Motive I 69). Man denke an einen Schaubudenbesitzer, der 11 Monate im Jahr auswärts ist: hat der wirklich die Absicht, an seinem zweimal im Jahr auf je zwei Wochen

Digitized by Google

aufgesuchten Domizil „ständig zu bleiben"? Jedenfalls eine eigentümliche Realisierung dieser Absicht. Allein dieser Ausdruck ist nicht so ernst zu nehmen; er bedeutet eigentlich etwas völlig anderes, nämlich die Absicht, „daß der gewählte Aufenthaltsort auf die Dauer den Mittelpunkt der Verhältnisse und der Thätigkeit der Person bildet". Also nicht die Absicht, selber dort ständig zu bleiben, sondern dort den ständigen Mittelpunkt seiner Verhältnisse und Thätigkeit zu haben, ist das Maßgebliche. Allein da ergiebt sich eine neue Schwierigkeit. Der Absatz 2 des § 34 bestimmt, daß eine Person zur gleichen Zeit an mehreren Orten den Wohnsitz haben könne. Wie ist das in aller Welt möglich? Ihre Verhältnisse müßten dann ja einen doppelten Mittelpunkt haben und bisher hat jedes Ding sich immer nur mit einem solchen begnügen müssen. Mit dem „Mittelpunkt" haben die Motive entschiedenes Unglück. Oben — S. 23 Anmerk. 1 — haben wir gesehen, daß dieselben Sachen kennen, welche ihren Mittelpunkt nicht in sich, sondern außerhalb ihrer selbst tragen, hier statuieren sie sogar die Möglichkeit eines doppelten Mittelpunktes. Und was würde es nun verschlagen, wenn der unglückselige § 34 fortfiele? Der Begriff des Wohnsitzes würde darum nimmer verkannt werden, sowenig wie die Voraussetzungen für seine Begründung und Aufhebung (Absatz 1 und 3). Die Möglichkeit eines mehrfachen Domizils aber ist *thatsächlich* gegeben; die *rechtliche* Anerkennung jedes der mehreren Orte als Wohnsitz (Absatz 2) ergiebt sich aus dem Mangel einer das reale Verhältnis nicht anerkennenden Bestimmung von selbst.

Auch der § 41 unterweist, disponiert aber nicht: eine unmittelbar praktische Anwendung desselben ist schlechthin undenkbar. Er statuiert die Möglichkeit juristischer Personen. Denn was heißt es, wenn man für die Wendung „die Fähigkeit als solche selbständig Vermögensrechte und Vermögenspflichten zu haben" den gesetzlichen Terminus „juristische Persönlichkeit" einsetzt und so den Satz bekommt: „Personenvereine und Stiftungen können juristische Persönlichkeit haben", anders als: Es giebt

Digitized by Google

außer den natürlichen Personen auch juristische — ein Satz, der sich allein schon aus der Überschrift des betreffenden Abschnittes „Juristische Personen" zur Genüge ergiebt. Allein der Satz giebt außerdem noch zweierlei an: den Inhalt der juristischen Persönlichkeit und die Klassen der juristischen Personen. Jener Inhalt soll eine gewisse Art der Rechtsfähigkeit sein (Motive I 78), korrekter ist die juristische Persönlichkeit selbst (nicht ihr Inhalt) die Rechtsfähigkeit. Dies besagt aber dasselbe, was mit dem Wort „Persönlichkeit" nach dessen anerkannter Bedeutung ausgedrückt ist. Daß es sich bei der allein in Betracht kommenden Privatrechtsfähigkeit allein um die Vermögens-, nicht auch um die Familienrechtsfähigkeit handeln kann, bedürfte doch wohl des Ausdruckes nicht, so daß auch um der Feststellung des Begriffes der juristischen Persönlichkeit willen der Paragraph nicht erforderlich erscheint. Und daß es nach dem Entwurf — abgesehen vom Fiskus — zwei Klassen juristischer Personen geben soll: Personenvereine und Stiftungen, ist doch nur eine lehrhafte Zusammenstellung der bereits aus den §§ 42, 58 sich ergebenden möglichen Arten der juristischen Personen.

Der zweite Satz des § 44 enthält den Versuch einer Begriffsentwickelung dessen, was man unter dem Vorstande einer Körperschaft zu verstehen habe, und damit eine bloße Abstraktion aus denjenigen Sätzen, welche die Stellung des Vorstandes in einer für die Rechtsanwendung unmittelbar praktischen Weise bestimmen (vergl. z. B. §§ 44 Absatz 4 6, 45, 46, 50).

Die von Kindern und Wahnsinnigen vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind sämtlich nichtig, die von Minderjährigen vorgenommenen zum Teil nichtig zum Teil gültig (§ 64 Absatz 3, § 65 Absatz 2 und 3). Es ist danach durchaus korrekt, wenn ein Lehrbuch die Personen nach ihrer Geschäftsfähigkeit in drei Klassen einteilt, nämlich in voll geschäftsfähige, beschränkt geschäftsfähige und geschäftsunfähige (§ 64 Absatz 1, § 65 Absatz 1). Darin liegt aber doch keine der Rechtsanwendung fähige Norm, sondern die Präcipitierung der angegebenen Rechtssätze zu Begriffen.

Die Willenserklärung ist eine solche Handlung, aus welcher

Digitized by Google

der Wille klar werden soll. Dies kann durch zwei verschiedene Arten von Handlungen bewirkt werden, einmal durch solche, welche lediglich die Bestimmung haben, den in Frage stehenden Willen zu erklären, und dann durch solche, welche an sich anderweite selbständige Zwecke verfolgen, aus denen aber das Vorhandensein des in Frage stehenden Willens erhellt. Wo das Gesetz eine Willenserklärung schlechthin erfordert, ist es gleichgültig, in welcher der beiden Arten — ausdrücklich oder stillschweigend — der Wille zur äußeren Evidenz gekommen ist. Auch ergiebt sich dieser in § 72 besonders ausgesprochene Satz schon daraus, daß das Gesetz die Fälle, wo es allein ausdrückliche Erklärungen zulassen will, besonders hervorhebt (vergl. § 65 Absatz 5, § 123 Absatz 3, § 315 Absatz 2). Die Statuierung des Satzes ist wohl nur deswegen erfolgt, um einem falschen argumentum e contrario daraus vorzubeugen, daß der Entwurf in völlig unmotivierter Weise bisweilen die Zulässigkeit einer stillschweigenden Erklärung besonders hervorhebt (vergl. § 81, § 86 Absatz 3, § 116 Absatz 1, § 127 Absatz 2). Die Motive sehen freilich den Grund für die Aufnahme des Satzes vielmehr in dessen „grundlegender Bedeutung" und darin, daß „er eine wesentliche Vereinfachung der Sprache des Entwurfes ermöglicht".

Über die Unangemessenheit des § 73[1] läßt sich kaum etwas Besseres sagen, als was die Motive I 155 über gewisse Auslegungsregeln anderer Gesetzgebungen ausführen: „Vorschriften dieser Art sind im wesentlichen Denkregeln ohne positiv rechtlichen Gehalt; der Richter erhält Belehrungen über praktische Logik" — und was sie I 15 zur Begründung der Ablehnung einer dem § 73 entsprechenden Norm über die Auslegung der Gesetze äußern: „Eine Bestimmung, welche mehr nicht bezwecken würde als anzuerkennen, daß der Auslegende nicht an dem Worte haften dürfe, ist überflüssig, weil selbstverständlich." Es wird in den Motiven zur Rechtfertigung des Satzes hingewiesen auf die

[1] Die Bestimmung lautet: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften." Vergl. dazu Hölder a. a. O. S. 67.

Digitized by Google

wohlthätigen Folgen, von welchen der gleiche Ausspruch des Artikels 278 Handelsgesetzbuch begleitet gewesen. Allein dieses Gesetz hatte mit einem Richterstand zu rechnen, der zum Teil durch die Gestaltung der von ihm zu handhabenden Privatrechts- und Prozeßordnung systematisch zur Haftung am Äußerlichen erzogen war. Das ist nun doch schon seit geraumer Zeit anders geworden und eine Gefahr eher nach der anderen Seite — die Unterschätzung der Bedeutung der äußeren Erscheinungsform — zu fürchten. Und diese Gefahr wird durch die Fassung des Paragraphen vielleicht noch erhöht.

Der Vertrag ist die erklärte Willenseinigung über eine Rechtswirkung. Danach ist das einzige nicht schon mit dem Wort Vertrag gegebene Moment des § 77, daß die Erklärung des übereinstimmenden Willens gegenseitig erfolgen muß. Allein gerade dies ergiebt sich bereits aus §§ 82 Satz 2, 84, 85, 88 Satz 1 u. a. Besser wäre übrigens statt „gegenseitig" zu sagen gewesen „wechselseitig", schon um des § 79 willen, der von einem gegenseitigen Vertrage im Sinne von einem „gegenseitig verpflichtenden" spricht. Ist der Vertrag die Willenseinigung über eine rechtliche Wirkung, so erfordert sie notwendig, daß die Einigung sich auf alle wesentlichen Momente dieser Rechtswirkung erstreckt, sei es daß es sich um objektiv — nach dem Wesen der betreffenden Vertragsgattung — oder subjektiv — im Sinne der konkreten Vertragsparteien — wesentliche Momente handelt. Folglich kann, bevor eine sich auf alle diese objektiv oder subjektiv wesentlichen Momente erstreckende Einigung nicht vorliegt, noch von keinem Vertragsschluß die Rede sein. Somit enthält auch der Absatz 1 des § 78 nichts, was nicht bereits im Vertragsbegriff gegeben wäre, und der Absatz 2 nur insofern noch ein weiteres, als er die — in ihrer Angemessenheit zweifelhafte — Präsumtion für die subjektive Wesentlichkeit solcher Punkte aufstellt, welche noch besonderer Regelung vorbehalten sind.

Der Vertrag setzt sich zusammen aus Antrag und Annahme; sobald letztere erfolgt ist, ist der Vertrag geschlossen. Auch diese

Digitized by Google

in allgemeiner Anerkennung befindliche Rechtswahrheit glaubte der Entwurf in § 87 aussprechen zu müssen:

> Mit dem Zeitpunkte der Annahme des Vertragsantrages [warum nicht einfach: „Mit der Annahme des Antrages"?] ist der Vertrag geschlossen.

Einer Begründung der Aufnahme dieses Satzes glaubten sich die Motive überheben zu dürfen. Es findet sich darüber keine Silbe! (Motive I 174). Angenommen kann nur werden, was angetragen worden ist. Wenn nun der Vertrag, wir wir gesehen, die Übereinstimmung über alle wesentlichen Momente voraussetzt, so muß auch bereits der Antrag sich auf diese sämtlich erstrecken. Es giebt keinen Vertragsantrag außer demjenigen, welcher die zum Wesen des beantragten Vertrages gehörenden Teile enthält. Der § 80 glaubt auch hier eine seiner mittelbaren Begriffsbestimmungen geben zu müssen. Die in dem Paragraphen außerdem aber noch ausgesprochene Gebundenheit an den Antrag ist eine Abstraktion aus den §§ 82/86, aus denen dieselbe genügend klar ersichtlich ist. Danach ist der ganze § 80 überflüssig und damit auch der wohl nur um der apodiktischen Fassung desselben, welche den Ausschluß der Gebundenheit durch den Antragsteller für unzulässig hätte erscheinen lassen können, für notwendig erachtete § 81. Dessen Inhalt ist bereits in § 79 mitgegeben. Ist es nach demselben möglich, daß ein Vertrag in der Weise zu stande kommt, daß nur der eine Vertragschließende nach der Willensmeinung der Parteien gebunden, der andere frei ist, so muß auch ein solcher Antrag zulässig sein, und dieser Antrag kann nicht nur von dem Teil, dessen Bindung beabsichtigt, sondern auch von demjenigen ausgehen, der frei bleiben soll. Damit ist aber die Möglichkeit einer den Antragsteller nicht bindenden Offerte anerkannt.

Der § 91 statuiert in seinem ersten Absatz den Grundsatz der Formfreiheit für Rechtsgeschäfte. Dieser Satz ergiebt sich daraus, daß jeder Rechtsakt außer den begrifflich notwendigen Elementen nur noch solche weitere aufweisen muß, die durch besondere Bestimmung gefordert werden, eine allgemeine rechts-

Digitized by Google

geschäftliche Formvorschrift aber in dem Entwurf fehlt, sowie überdies noch daraus, daß der Entwurf für gewisse Rechtsgeschäfte bestimmte Formen ausdrücklich postuliert. Übrigens ist die fragliche Bestimmung sogar so gefaßt, daß sie auf das ihrer Absicht entgegengesetzte Prinzip hinzudeuten scheint. Sie erklärt die Freiheit von jeder besonderen Form als Regel. Den Gegensatz zum Besonderen aber bildet das Allgemeine. Danach erregt die Bestimmung den Anschein, als ob es eine allgemeine Form der Rechtsgeschäfte gebe, der gegenüber die besonderen Formen als Ausnahmegestaltungen erschienen. Mit dem Wort „besonderer" hat der Entwurf überhaupt kein Glück. Nach § 1488 umfaßt der Unterhalt auch die Kosten der Vorbildung zu einem besonderen Lebensberufe. Der damit gegebene Gegensatz ist der allgemeine Lebensberuf[1]!

Der § 108 enthält eine lehrhafte Bestimmung des Wesens der rechtsgeschäftlichen Nichtigkeit, eine Begriffsbestimmung und zwar kaum mehr eine nur „mittelbare", wie sie sonst der Entwurf, um dem Vorwurf der Lehrhaftigkeit zu entgehen, liebt. Der Begriff selbst steht in der Rechtsanwendung doch wohl zur Genüge fest, um dort Mißverständnisse nicht befürchten zu lassen. Und in der That scheint er nicht um seiner selbst willen, sondern mehr um der Feststellung desjenigen Begriffes willen, den der Entwurf mit dem Wort „Anfechtbarkeit" verbindet, im Gesetz normiert zu sein, weil bei der Regelung des letzteren ohne gleichzeitige Normierung des ersteren die „Ökonomie" des Gesetzes gefährdet erschien. Und der von dem Entwurf in den Ausdruck Anfechtbarkeit gelegte Begriffsinhalt bedurfte freilich gesetzlicher Feststellung. Allein daß dies nicht im Anschluß an die Bestimmung, wo zum erstenmal im Entwurf von dem Anfechten die Rede ist (§ 103), sondern selbständig in einem besonderen Titel geschah, war weder erforderlich, da auch in

[1] Das „besonders" kehrt noch einmal in dem Paragraphen wieder (Absatz 3), wie derselbe überhaupt von überflüssigen Füllworten voll ist, so im ersten Absatz die Worte „ganzen", „noch", in Absatz 2 „gesamten".

Digitized by Google

jenem Fall die Allgemeingültigkeit des aufgestellten Begriffes nicht verkannt worden wäre, noch geschickt, da die beliebte Anordnung eben erst die Bestimmung des § 108 notwendig machte. Aus dem Begriff der Nichtigkeit folgt, daß bei einem mit derselben behafteten Rechtsgeschäft für eine Bestätigung durch den Urheber kein Raum ist. Denn einem Thatbestand, dem die Rechtsordnung die Anerkennung versagt, kann ein Privatwillensakt nicht rechtliche Kraft verleihen. Die sogenannte Bestätigung hat nur Bedeutung als Neuschaffung; soweit sie die Erfordernisse dieser enthält, soweit liegt ein neues Rechtsgeschäft vor. Dieser der gesetzlichen Statuierung kaum bedürfende Gedanke soll in § 110 Absatz 1 wiedergegeben werden, jedoch in einer Fassung, welche ihn geradezu auf den Kopf stellt. Danach ist die „Bestätigung als eine erneuete Vornahme des Rechtsgeschäfts zu beurteilen". Das kann nur heißen: die Bestätigung, also auch die einfache Bestätigungserklärung, ist so anzusehen, als ob sie eine erneute Vornahme des Rechtsgeschäftes wäre, oder mit anderen Worten: Die einfache Bestätigung verschafft dem nichtigen und darum an sich nur eine Neuschaffung zulassenden Rechtsgeschäft rechtlichen Bestand. Danach besagt die Bestimmung das gerade Gegenteil dessen, was sie besagen soll: die Bestätigung ist nicht, wie der Entwurf sagt, als, sondern nach den Grundsätzen über die Neuerrichtung des fraglichen Geschäfts zu beurteilen. Ob nicht die Regel des spectare id tempus, quo contrahimus, (l. 144 D. de reg. iur. 50, 17) sich schon aus den Normen abstrahieren läßt, in denen ein Nachlassen von dem Vorhandensein des gesetzlichen Thatbestandes zur Zeit der Vornahme des Geschäfts bewilligt ist (vergl. z. B. §§ 310, 830, 876), und daher auch § 109 gestrichen werden kann, erscheint zum mindesten fraglich. Hingegen ist ganz gewiß der § 111 vollständig überflüssig. Das, was er statuieren soll, statuiert er nicht und das, was er statuiert, ist selbstverständlich. Die Bestimmung lautet:

> Entspricht das beabsichtigte, aber als solches nichtige Rechtsgeschäft allen Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäftes, so ist es als das letztere aufrecht zu erhalten,

Digitized by Google

wenn dies dem aus der Vornahme des nichtigen Rechtsgeschäftes sich ergebenden Willen gemäß ist.

Danach handelt es sich um zwei gewollte Rechtsgeschäfte — ein prinzipales — das nichtige — ein eventuelles — das für den Fall der Nichtigkeit jenes ins Auge gefaßte —. Es soll dann die Nichtigkeit des in erster Stelle beabsichtigten Geschäftes der Gültigkeit des in zweiter Linie gewollten nicht entgegenstehen. Das ist aber ebenso selbstverständlich, als es das Wesen desjenigen Instituts, dessen Ausdruck jener Satz sein soll, der Konversion, nicht trifft. Die Konversion als eigentümliches Rechtsinstitut ist die Aufrechterhaltung eines ungültigen Rechtsgeschäftes als dasjenige eine gleichartige Wirkung erzeugende Rechtsgeschäft, dessen Gültigkeitsvoraussetzungen in ihm gegeben sind, mögen die Parteien dies gewollt haben oder nicht, sofern nur kein entgegenstehender Parteiwille ersichtlich ist: es ist kein velle erforderlich, sondern es genügt das non nolle. Die Verweisung auf den Parteiwillen dürfte ohnehin meistens im Stich lassen. Es ist einer jener Fälle, in denen die Parteien sich eine Vorstellung von der eventuellen Gestaltung überhaupt nicht machen. Die Worte des Celsus nihil in ea re neque emptor neque venditor cogitaverunt ut plerumque in eiusmodi rebus evenisse solet (l. 38 § 2 D. de act. emt. vend. 19, 1) sind wie auf unseren Fall berechnet. Die vom Entwurf beliebte Bestimmung wäre danach aber nicht nur selbstverständlich und überflüssig, sondern auch wesentlich unpraktisch. Aber auch die Abstellung auf den präsumtiven Willen würde kaum viel bessern; denn die damit gewonnene Auslegungsregel würde hinfällig werden, sobald dem Richter erhellt, daß die Parteien an die eventuelle Gestaltung gar nicht gedacht, was in den meisten Fällen ohne weiteres konstiert; denn damit wäre die gesetzliche Präsumtion widerlegt. In der That erscheinen auch in den Quellen die Normen über die Konversion nicht in der Fassung von auslegenden, sondern von dispositiven Normen, d. h. ihre Anwendbarkeit wird nicht schon ausgeschlossen durch den Nachweis, daß die Parteien in der fraglichen Beziehung nichts gewollt, sondern nur

Digitized by Google

durch den Nachweis, daß sie positiv etwas anderes gewollt, d. h. die Konversion ausgeschlossen haben wollten. So sagt l. 3 D. de test. mil. 29, 1: neque enim qui voluit iure communi testari, statim beneficio militari renuntiavit. Also das nach gemeinem Recht ungültige Testament eines Soldaten, der nach demselben testieren will, wird nur dann nicht als Soldatentestament aufrecht erhalten, wenn der Testator „beneficio renuntiavit", also durch positiven Akt die Konversion zum Soldatentestament ausschloß, nicht aber dadurch daß er an die Möglichkeit dieser Umwandlung nicht dachte[1].

Der § 115 statuiert die abstrakte Zulässigkeit der Stellvertretung und giebt damit nur einen Satz wieder, der sich bereits aus allgemeinen Grundsätzen wie auch aus den ihn unterstellenden §§ 116/126 ergiebt. Durch argumentum e contrario ist er auch denjenigen Sätzen zu entnehmen, welche die Unzulässigkeit der Vertretung für gewisse Fälle statuieren (vergl. z. B. §§ 1248, 1911, 1941, 1957, 1958, 2020). Hielt man es aber für notwendig, die allgemeine Zulässigkeit der Stellvertretung zu statuieren, so hat man damit auch bereits die unmittelbare Entstehung von Recht und Pflicht in der Person des Prinzipals anerkannt. Denn die Stellvertretung ist begrifflich die Vornahme von Rechtsgeschäften anstatt und im Namen eines anderen. Es giebt keine Vertretung außer dieser; die sogenannte mittelbare Stellvertretung ist ökonomische Vertretung, aber juristische Eigenhandlung. Indem der § 116 in seinem ersten Satz die unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung des Prinzipals nochmals betont, wiederholt er den Inhalt des § 115. Aber damit nicht genug. In § 116 Satz 2 wird noch besonders das Erfordernis der Vornahme des Rechtsgeschäftes im Namen des Geschäftsherrn statuiert. Soweit derselbe lediglich die Unerheblichkeit der ausdrücklichen Erklärung im Namen des Prinzipals zu handeln ausspricht, ist er neben dem § 73 sicher überflüssig. In demselben ist überdies die Wendung schief, daß das Rechtsgeschäft „nach

[1] Anders Windscheid, Pandekten 6. Aufl. I § 82 unter 5.

Digitized by Google

dem Willen der Handelnden im Namen des Vertretenen vorgenommen werden sollte". Der Vertreter hat den Willen, das Geschäft im Namen desselben vorzunehmen, hingegen kann man von der Gegenpartei doch nicht sagen, daß sie den Willen hat, daß der Vertreter das Geschäft im Namen des Prinzipals vornehme. Es kann niemand den Willen haben, daß ein anderer etwas thut. Jeder kann nur eigene, nicht fremde Handlungen wollen. Es soll jener Ausdruck denn auch vielmehr besagen, daß der Vertreter die auf seinen Prinzipal entfallende rechtsgeschäftliche Willenserklärung in dessen Namen und der Gegner die seinige als eine derselben entsprechende abgeben wolle. Denselben Mangel im Ausdruck weist auch der Absatz 2 des § 1278 auf.

Die Bestimmungen über die Rechtsgeschäfte ergeben mit voller Unzweideutigkeit, daß nach dem Entwurf das Rechtsgeschäft eine Art der Willenserklärung, ein zur äußeren Erscheinung gekommener Wille gewissen Inhalts ist, daß nur der wirkliche Wille rechtserzeugende Kraft hat und auch dieser nur, sofern er zur äußeren Evidenz gekommen. Hielt der Entwurf es um deswillen für notwendig, die sich daraus von selbst ergebende Nichtigkeit eines Scheingeschäftes besonders auszusprechen (§ 96 Absatz 1), weil dieser Grundsatz im Entwurf keinen Ausdruck gefunden, so ist nur verwunderlich, warum der Entwurf dies nicht auch bezüglich des gewollten, aber nicht erklärten Rechtsgeschäftes für erforderlich erachtet hat! Es scheint fast so, als ob wir um eine Norm letzteren Inhalts nur „wegen ihrer unerheblichen praktischen Bedeutung" gekommen wären. Der § 96 Absatz 1 ist um so überflüssiger, als sich auch aus § 832 die Nichtigkeit des Scheingeschäftes mit aller wünschenswerten Zweifellosigkeit ergiebt:

> Eine Eintragung, welche auf Grund eines zum Scheine vorgenommenen Rechtsgeschäftes erfolgt, ist wirksam, unbeschadet des Rechtes der Parteien im Verhältnisse zueinander die Nichtigkeit des Scheingeschäftes geltend zu machen.

Digitized by Google

Der das Scheingeschäft enthaltende Thatbestand kann ein anderes ernstlich gemeintes Geschäft umschließen. Da die Erscheinungsform des Willens im allgemeinen gleichgültig ist (vergl. §§ 91, 72, 73), so ist es auch unerheblich, daß derselbe hier in einer seinem Inhalt nicht entsprechenden Gestalt in die Außenwelt tritt. Es hätte einer positiven Vorschrift bedurft, um das beabsichtigte Geschäft wegen der verhüllten Form, in der es auftritt, nicht als gültig zu erachten. Der Entwurf hingegen glaubt gerade umgekehrt einer Statuierung seiner Gültigkeit nicht entraten zu können (§ 96 Absatz 2). Die Form, in der er dies thut, ist nicht gerade glücklich zu nennen:

> Wird bei Vornahme des Scheingeschäftes von den Parteien die Errichtung eines anderen Rechtsgeschäftes beabsichtigt, so bestimmt sich die Gültigkeit dieses anderen Rechtsgeschäftes nach den für dasselbe geltenden Vorschriften.

Zunächst wird das „andere Rechtsgeschäft" nicht bei der Vornahme des Scheingeschäftes, sondern mit demselben beabsichtigt. Sodann wird nicht die Errichtung des anderen Geschäftes, sondern das andere Rechtsgeschäft beabsichtigt. Eine Errichtung ist allein bezüglich des Scheingeschäftes beabsichtigt, eben aber auch nur die Errichtung, d. h. die Herstellung der äußeren Erscheinungsform des Geschäftes, nicht das Rechtsgeschäft selbst. Endlich versteht es sich doch wohl von selbst, daß das dissimulierte Geschäft nur dann gültig ist, wenn es auch als nicht dissimuliertes gültig wäre. Sonst würde ja die Verhüllung der Willenserklärung mehr Kräfte verleihen als ihre offene Erscheinung. Auch diese Plattheit glaubt der Entwurf, um nur recht präcise zu sein, aussprechen zu müssen. Der Gedanke des Entwurfes wäre zum vollen Ausdruck auch bei der einfachen Fassung gekommen:

> Umschließt das Scheingeschäft ein ernsthaft gemeintes Geschäft, so ist das letztere gültig.

Aus § 78 Absatz 2 ergiebt sich die Anerkennung der Ein-

Digitized by Google

heitlichkeit des Rechtsgeschäftes[1] in dem Sinn, daß alle einzelnen Momente desselben mangels besonderer Anhaltspunkte für das Gegenteil als gleichwertig anzusehen sind. Daraus folgt, daß im Zweifel das ganze Rechtsgeschäft ungültig ist, wenn der Grund der Ungültigkeit auch nur bezüglich eines Teiles desselben vorliegt, z. B. beim Vertrage ein Kontrahent im wesentlichen Irrtum sich befindet oder bezüglich eines Teiles des Vertragsinhaltes Dissens besteht. Die §§ 100, 114 glauben dies aber besonders statuieren zu müssen. Die Motive I 202 begründen das bezüglich des § 100 mit folgendem Satz: „Die Vorschrift des § 78 Absatz 2 kann im besonderen schon deshalb nicht ohne weiteres maßgebend sein, weil in dem hier in Rede stehenden Falle vorausgesetzt wird, daß die Parteien den Vertrag als geschlossen angesehen haben und es sich erst nachträglich herausstellt, daß es an einer völligen Willensübereinstimmung fehlt." Nun im Fall des § 78 wissen die Parteien, daß in einem Punkt die Vereinbarung noch nicht getroffen, auch hält die eine Partei den Vertrag vielleicht um deswillen für noch nicht geschlossen, weil sie den offen gelassenen Punkt als für den Gegner wesentlich erachtet; trotzdem ist der Vertrag geschlossen, sofern sich diese Annahme als falsch erweist. Um so mehr muß doch im § 100, wo die Parteien bereits endgültigen Vertragsschluß unterstellen, die nachträgliche Eruierung eines Punktes, in dem keine Willensübereinstimmung herrscht, den Vertrag unberührt lassen, sofern jener Punkt sich als objektiv und subjektiv unwesentliches Moment erweist. Der § 100 enthält danach nur die rationelle Anwendung des dem § 78 zu Grunde liegenden Gedankens. Naiv ist auch das Geständnis der Motive, daß der Inhalt des § 100 bereits im § 114 teilweise mit enthalten ist, als ob nicht gerade das Verhältnis derartig sich kreuzender und schneidender Normen zueinander erfahrungsmäßig die Quelle mancher

[1] Zunächst nur des Vertrages. Allein die allgemeinere Bedeutung der Bestimmung für alle Rechtsgeschäfte ist wohl kaum der Gefahr der Verkennung seitens einer den Kinderschuhen entwachsenen Theorie und Praxis ausgesetzt.

Digitized by Google

Unklarheit und reichlichen Streites wird. Endlich sei noch hervorgehoben, daß der in § 100 erwähnte Mangel der Übereinstimmung des Willens etwas anderes bedeutet als in den §§ 95/98. Während in den letzteren von demselben im Verhältnis zu dem als Wille derjenigen Partei, bei welcher der Mangel vorliegt, Erklärten die Rede ist, es sich also immer nur um eine Willenserklärung handelt, spricht der § 100 von ihm im Verhältnis zum Willen einer Gegenpartei, also im Sinne der mangelnden Kongruenz zweier Willenserklärungen.

Die §§ 95/101 führen diejenigen inneren Mängel einer Willenserklärung auf, welchen rechtliche Erheblichkeit beikommt. Daraus ergiebt sich, daß alles, was jenseits des so abgesteckten Rahmens liegt, eine solche nicht besitzt, insbesondere der Irrtum in den Beweggründen, der Irrtum über den Namen des Gegenkontrahenten oder die Bezeichnung des Geschäftsobjekts, über Gattungseigenschaften des letzteren und Qualitäten des ersteren. Es ist daher nicht nur überflüssig, sondern auch völlige Willkür, welche zu falschen Folgerungen verführt, allein die Unbeachtlichkeit des Irrtums im Motiv zu statuieren (§ 102); denn es ist ganz gewiß nicht richtig, was die Motive I 199 behaupten, nämlich, daß auch in den beiden letzten Fällen es sich um einen Irrtum in den Beweggründen handelt. In keinem Falle aber läßt sich der Irrtum im Motiv als „Willensmangel" bezeichnen. Der durch einen irrtümlichen Beweggrund hervorgebrachte Wille ist ein durchaus mangelloser, mangelhaft war nur die ihn erzeugende Vorstellung. Noch weniger zutreffend ist es, im Fall der durch Drohung erwirkten Willenserklärung von einem Willensmangel zu sprechen; da ist weder der hervorgebrachte Wille noch die ihn erzeugende Vorstellung mangelhaft; es handelt sich vielmehr lediglich um die Versagung der Verbindungskraft der Erklärung aus rechtspolitischen Gründen.

Die von dem Entwurf beliebte Scheidung zwischen Einwilligung und Genehmigung ist mehr eine Folge der theoretisierenden Neigungen des Entwurfes als der Berücksichtigung

Digitized by Google

eines praktisch-legislativen Zweckes. Nehmen wir an, daß das Gesetz beides unter dem Begriff der Einwilligung oder der Genehmigung zusammenfaßte — das Leben braucht beide Ausdrücke sowohl für die im voraus als für die nachträglich erfolgte Zustimmungshandlung, man spricht von der Genehmigung alles dessen, was ein anderer noch thun werde, und von der Einwilligung in das, was ein anderer gethan hat, gerade so wie die Römer ihre ratihabitio nicht bloß von der nachträglichen Genehmigung und ihr consentire nicht ausschließlich von der vorgängigen Einwilligung gebrauchen (l. 445 § 1 D. de usurp. 41, 3; c. 3 C. de r. v. 3, 32)[1] —, so ist selbstverständlich nur bei der im voraus erteilten Zustimmung ein Erlöschen nach den Grundsätzen der Vollmacht (§ 127 Absatz 3), nur bei der nachträglichen eine Rückziehung in Frage. Um dieser praktischen Differenz willen hätte es daher sicher nicht der Spaltung des Begriffes bedurft. Solche praktisch wertlosen Distinktionen sind in der Theorie zwar nicht wünschenswert, aber meist unschädlich, im Gesetz hingegen stets schädlich, weil sie die Beherrschung des Rechtsstoffes durch unnötige Vermehrung des Materiales erschweren und zur Annahme sachlicher Verschiedenheiten verführen. Dazu kommt, daß die Einteilung nicht einmal erschöpfend ist, indem sie die Zustimmung, welche bei der Vornahme des Rechtsgeschäftes selbst erteilt wird, ins Freie fallen läßt. Übrigens gebraucht der Entwurf das Wort „Genehmigung" auch noch in dem Sinne des Verzichtes des Anfechtungsberechtigten auf das Anfechtungsrecht. Und doch kann diese Genehmigung in manchen Fällen sicher sowohl gleichzeitig wie vor dem anzufechtenden Rechtsgeschäft erfolgen (arg. § 1783 Absatz 3, 1948 Absatz 1).

Nach § 1 finden auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschrift enthält, die für rechtsähnliche Verhältnisse ge-

[1] Windscheid a. a. O. § 81 Anm. 8. Der Entwurf bestätigt selbst die Willkürlichkeit seines Sprachgebrauches, indem er in der Überschrift des betreffenden Titels (und sonst oft) von der „Einwilligung" schlechthin, im § 127 Absatz 3 aber von „der im voraus erteilten Einwilligung" spricht.

Digitized by Google

gebenen Vorschriften entsprechende Anwendung. Nun ist, mag man im übrigen über das inhaltliche Verhältnis des sogenannten bedingten Rechtes und der sogenannten bedingten Verpflichtung zum unbedingten Recht und zur unbedingten Verpflichtung wie immer denken, doch jedenfalls verständigerweise eine „Rechtsähnlichkeit" beider Verhältnisse nicht zu bestreiten. Danach würde sich auch beim Mangel einer einschlagenden Bestimmung die Anwendbarkeit der für das unbedingte Recht und die unbedingte Verpflichtung geltenden Vorschriften auf das bedingte Recht und die bedingte Verpflichtung von selbst ergeben. Der Entwurf glaubt dies besonders konstatieren zu müssen, nämlich bezüglich der Vererblichkeit (§ 132), der Zulässigkeit einstwilliger Verfügungen (§ 133 Absatz 4) und der zu prästierenden Diligenz (§ 134 Satz 2). Diese Bestimmungen sind aber nicht nur entbehrlich, sondern auch nicht ratsam. Denn die Hervorhebung der „Rechtsähnlichkeit" in den angegebenen Punkten legt die Gefahr nahe, daß in den stillschweigend übergangenen Punkten die Anwendbarkeit der für das unbedingte Recht und die unbedingte Verpflichtung geltenden Normen auf das bedingte Verhältnis geleugnet wird. Man denke nur an die Frage nach der Möglichkeit rechtsgeschäftlicher und staatshoheitlicher Akte in Bezug auf dasselbe, wie die Übertragung des bedingten Rechts, die Übernahme der bedingten Verpflichtung, die Zwangsvollstreckung in das erstere u. ä. — eine Frage, die sich an Wichtigkeit doch mit den vom Entwurf geregelten Punkten zum mindesten messen kann. Der einzige Grund dafür, daß der Entwurf die Frage der Vererblichkeit besonders normierte, ist wohl darin zu erblicken, daß das Römische Recht in diesem Punkt eine teilweise abweichende Regelung beliebte!

Der § 137 Absatz 1 enthält den theoretischen, auch aus den vorhergehenden Bestimmungen des Titels sich bereits ergebenden Satz, daß die Abstellung der Wirkung eines Rechtsgeschäftes auf einen Umstand, der bereits eingetreten ist oder dessen Nichteintritt bereits entschieden ist, keine wahre Bedingtheit be-

Digitized by Google

gründet[1]; die Motive selbst halten diesen Satz zwar nicht für sachlich erforderlich, aber als Einleitung zu den beiden folgenden Absätzen für ratsam. In der That aber läßt sich jenes theoretischen Satzes leicht entraten. Man braucht nur dem Absatz 2 etwa folgende Fassung zu geben:

> Ist die Bedingung zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes bereits erfüllt oder ausgefallen, so finden, solange dies noch nicht bekannt ist, die Vorschriften des § 133 entsprechende Anwendung.

Eine Willenserklärung, welche den Eintritt ihrer Rechtswirkung davon abhängig macht, daß der Erklärer derselben ihn demnächst wollen werde, ist ein Widerspruch in sich; es ist zwar eine Erklärung, aber nicht die Erklärung eines Willens, vielmehr die Erklärung des Noch-nicht-Wollens verbunden mit der Aussicht, vielleicht in Zukunft zu wollen. Daher liegt eine Willenserklärung in Wirklichkeit gar nicht vor, mag es sich um eine Erklärung handeln, durch welche der Erklärende berechtigt, oder um eine solche, durch die er verpflichtet werden soll. Warum der Entwurf den letzteren Fall besonderer Normierung in dem zweiten Satz des § 138 würdigt, ist um so weniger ersichtlich, als derselbe sich, wenn nicht schon aus der angegebenen allgemeinen Erwägung, so jedenfalls aus § 79 Absatz 1 mit aller wünschenswerten Deutlichkeit ergiebt. Aber freilich, die Lehrbücher pflegen der auf eine Handlung des Verpflichteten abgestellten Bedingung die auf das bloße Wollen desselben gerichtete gegenüberzustellen, und da sollte der Entwurf von letzterer einfach schweigen? Den Gipfel der Bethätigung seiner theoretisierenden Neigungen in unserem Titel weist der Entwurf aber in dem § 140 auf. Derselbe lautet:

> Durch Beifügung einer Bedingung, welche die rechtliche Wirkung von einem Umstande abhängig macht, von welchem dieselbe auch ohne den Willen des Erklärenden ab-

[1] Der Anschluß des zweiten Satzes an den ersten mit der Wendung „die entgegengesetzte Folge tritt ein . . .“ ist ebenso gezwungen wie verständniserschwerend.

Digitized by Google

hängig ist, wird an der rechtlichen Bestimmtheit des Verhältnisses nichts geändert.

Man braucht diesen Satz nur zu lesen, um sich seiner Lehrhaftigkeit bewußt zu werden, die der Entwurf dadurch leicht zu verdecken sich bemüht, daß er statt der Ausdrucksweise der Doktrin, eine solche Bedingung sei nur eine Scheinbedingung, die Wendung gebraucht, daß durch dieselbe an der rechtlichen Bestimmtheit des Verhältnisses nichts geändert werde. Allein gerade das ist schief. Denn daraus würde hervorgehen, daß bei der wahren Bedingung die Bestimmtheit des Verhältnisses alteriert wird; allein in Wirklichkeit wird nicht die Bestimmtheit, sondern vielmehr die Gewißheit des Verhältnisses betroffen; bestimmt hingegen kann auch der Anspruch aus einem bedingten Rechtsgeschäft sein.

Nach dem ofterwähnten § 73 hat der Richter nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, sondern den wirklichen Willen zu erforschen. Wenn daher der eine Willenserklärung Abgebende dies unter der Statuierung eines Termines thut, von dem ungewiß ist, ob er eintreten wird, so kann jedenfalls eine echte Zeitbestimmung nicht gemeint sein, da eine solche einen bestimmten künftigen Zeitpunkt erfordert. Der Richter hat daher zu prüfen, was dem Parteiwillen denn wohl entsprechen dürfte, und es müßte ein eigentümlicher Richter sein, der dann nicht ein bedingtes Rechtsgeschäft auf Grund des aus den vorhergehenden Paragraphen erhellenden Wesens der Bedingung als vorliegend erkennen sollte. Wollte dies der Entwurf aber durchaus seiner „praktischen Bedeutung" wegen ausdrücklich anerkennen (§ 143), so hätte er doch wenigstens nicht sagen dürfen, ein solcher Termin sei als Bedingung anzusehen, da er doch vielmehr eine echte und rechte Bedingung ist. Alle diese Bestimmungen verdanken ihre Aufnahme — dieses Eindruckes wird sich kein unbefangen an den Entwurf Herantretender erwehren können — dem völlig abwegigen Streben nach einer theoretisch wohl abgerundeten Behandlung der Materie. Das klassischste Beispiel

Digitized by Google

dafür, wohin dies schließlich führt, bietet der § 131. Die Lehrbücher pflegen, nachdem sie die Wirkung der erfüllten Bedingung besprochen, sich in einem besonderen Paragraphen mit der Wirkung der ausgefallenen Bedingung zu beschäftigen, und dies für die dem Lehrbuch innewohnenden Zwecke mit vollstem Recht. Wie hätte es da der in Lehrbuchbanden gefesselte Entwurf übers Herz bringen können, diese — „praktisch so überaus wichtige" — Frage einfach mit Stillschweigen zu übergehen. Die Motive zu dem Paragraphen enthalten im wesentlichen nicht eine Begründung, sondern eine Umschreibung seines Inhalts. Das war aber auch nicht anders möglich. Da der Paragraph lediglich die Kehrseite, das Korrelat der §§ 128, 129 bietet, so war bereits bei letzteren alles sachliche Begründungsmaterial zu erörtern und blieb für ersteren nichts übrig. Der § 131 enthält sachlich gegenüber den §§ 128, 129 nichts Neues. Hätten die Redaktoren des Entwurfes die Motive selbst gearbeitet, so hätte ihnen dies bei dem Versuch der Begründung des ersteren auch zum Bewußtsein kommen müssen, wie es dem Verfasser derselben sicher zum Bewußtsein gekommen ist, — ein Gesichtspunkt, der nicht bloß bezüglich der hier in Frage stehenden Bestimmung, sondern weit darüber hinaus Bedeutung hat: Dem Entwurf wäre dann mancher überflüssige Paragraph erspart geblieben. Höchst frappierend ist es übrigens, daß die Motive in einem Zuge die in der Gesetzgebung übliche Ausdrucksweise, daß das Geschäft bei Ausfall der Suspensivbedingung als nicht errichtet zu betrachten sei, mit der durchaus zutreffenden Bemerkung zurückweisen, daß die Thatsache der Errichtung des Geschäfts bestehen bleibe, darauf aber in einfacher Wiederholung des Absatz 2 § 131 wörtlich fortfahren: Fällt die auflösende Bedingung aus, so ist das Rechtsgeschäft als unbedingt geschlossen anzusehen. Ja, trifft denn jener Zurückweisungsgrund für die fiktive Fassung nicht auch hier zu? Oder bleibt etwa die Thatsache der bedingten Errichtung hier weniger bestehen als im ersteren Fall die Thatsache der Errichtung überhaupt?!

Der § 144 giebt den Maßstab in die Hand, den man an-

Digitized by Google

legen soll bei der Frage, ob und welcher Grad der culpa vorliegt. Das Normalmaß soll abgeben die Sorgfalt, der sich ein ordentlicher Hausvater befleißigt. Es ist das der wohlbekannte „diligens paterfamilias", der Jahrhunderte hindurch in Theorie und Praxis sein Wesen getrieben. Es kann hier dahingestellt bleiben, welche historischen Gründe bei den Römern vorgelegen haben mögen, den paterfamilias das Normalmaß abgeben zu lassen, jedenfalls haben wir einen paterfamilias im Sinn der Römer nicht mehr, auch ist unserer Sprache ein solcher Begriff fremd: das Wort „Hausvater" ist eine Bildung der Juristen. Und selbst wenn es anders wäre, wäre die Diligenz des Hausvaters wirklich ein praktikabler Maßstab? Durch die jahrhundertelange Gewöhnung an denselben ist das Bewußtsein hierfür abgestumpft. Allein wer als Richter, Anwalt, Privater zu beurteilen hat, ob jemand fahrlässig gehandelt hat, nimmt der wirklich den Umweg über den „ordentlichen Hausvater"? Vollends, wer sich darüber schlüssig zu machen hat, ob jemand einer groben Fahrlässigkeit schuldig sei, soll der wirklich die dreifache Gedankenoperation vornehmen:

1. Wie hätte ein ordentlicher Hausvater an Stelle des Handelnden sich benommen?
2. Liegt in der danach sich ergebenden Abweichung ein minus an Sorgfalt (denn eine Abweichung ist auch möglich nach der Seite des plus)?
3. Ist diese Mindersorgfalt besonders schwerer Art?

Die Beantwortung der Frage nach dem Vorhandensein grober Fahrlässigkeit pflegt um ihres markanteren Charakters willen leichter zu sein wie die nach dem Vorhandensein leichter Fahrlässigkeit. Der Entwurf stellt dieses natürliche Verhältnis geradezu auf den Kopf: die grobe Fahrlässigkeit würde nach ihm auf viel komlizierterem Wege und viel schwieriger festzustellen sein wie die einfache. Die modernen Gesetzgebungen haben den ordentlichen Hausvater in den ordentlichen Kaufmann, Frachtführer, Konkursverwalter aufgelöst, ein zweifelloser Fortschritt, insofern

Digitized by Google

er die gesetzliche Anerkennung enthält, daß für die praktische Anwendung der Maßstab des ordentlichen Hausvaters zu abstrakt inhaltlos ist. Je abstrakter ein Begriff ist, um so größer ist sein Umfang, aber um so geringer sein Inhalt; je determinierter er ist, um so geringer ist sein Umfang, um so größer aber sein Inhalt. Aber hat diese Neuerung einen wirklich praktikabeln Maßstab geliefert? Die Rechtsprechung verwendet zwar die damit gegebenen Maßstäbe formell, allein der Fall, daß die gebotene Vorstellung des ordentlichen Kaufmanns, Frachtführers, Konkursverwalters sachlich auf die Entscheidung von Einfluß war, soll wohl noch erst gefunden werden. Es giebt keine Frage, bei der irgend ein abstrakter Maßstab unbrauchbarer wäre, die vielmehr nur aus dem einzelnen Fall heraus ihre Beantwortung finden kann, wie die, ob Fahrlässigkeit — leichte oder grobe — vorliegt. Wozu also einen Maßstab aufstellen, welcher doch der Anwendung spottet?

Die Bedeutung des § 146 Absatz 1 erschöpft sich in der Konstatierung, daß es zwei Arten von Irrtum giebt: Irrtum über Thatsachen und Rechtsirrtum. Denn daß, wenn nichts anderes gesagt ist, die vom Irrtum sprechenden Normen nicht bloß auf den Irrtum ersterer Art, sondern auch auf den letzterer sich beziehen, ist doch wohl zu selbstverständlich, um besonderen Ausdruck zu heischen; auch ist es noch keiner Gesetzgebung beigekommen, zu leugnen, daß Rechtsirrtum Irrtum sei; nur darin zeigten sich divergierende Anschauungen, ob der Rechtsirrtum entschuldbar sei. Darüber disponiert aber der Absatz 2 mit genügender Deutlichkeit, daß nämlich für die Frage nach der Entschuldbarkeit des Irrtums sein *Inhalt* — Thatsache oder Recht? — gleichgültig, die Art seiner *Entstehung* — fahrlässig oder nicht? — allein maßgebend ist. Der dritte Absatz hält es sogar für erforderlich, das allgemein verständliche Kennen- und Wissenmüssen in eine lehrhafte Form umzugießen und überdies noch in eine falsche. Denn Kennenmüssen und Wissenmüssen deutet lediglich auf das rechtliche Gebot des Kennens, also sowohl eine Kenntnis, die entsprechend der gesetzlichen Anforderung vor-

Digitized by Google

handen ist, als eine Nichtkenntnis, die nach dem Gesetz nicht vorhanden sein sollte.

Der § 154 enthält in seinem ersten Absatz einmal die Definition des Begriffes „Anspruch", alsdann die Einteilung der Ansprüche in solche, welche auf einem Schuldverhältnisse, und solche, die auf einem anderen Rechtsgrunde beruhen, und endlich die abstrakte Konstatierung ihrer Verjährbarkeit, — also lauter lehrhafte Sätze. Denn auch die Anerkennung der Verjährbarkeit giebt keinen unmittelbar praktischer Anwendung fähigen Satz, vielmehr kommt alles auf deren Voraussetzung und deren Wirkung an. Danach müßte vielmehr der fragliche Absatz mit den §§ 155, 158 Absatz 1, 182 etwa dahin zusammengefaßt werden:

> Der Geltendmachung des Rechtes auf eine Leistung[1] steht mit Ablauf von 30 Jahren seit der Fälligkeit eine Einrede entgegen[2].
>
> Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruches Geleistete kann nicht zurückgefordert werden[3].

Der § 161 dient der Feststellung dessen, was unter der „Hemmung" und unter der „Unterbrechung" der Verjährung zu verstehen sei, während selbst Gesetzgebungen, die sich in so behaglicher Breite gefielen wie das Preußische Landrecht, sich immerhin mit der Fixierung des Begriffes der Unterbrechung begnügten. Und in der That enthält der § 161 lediglich eine doktrinäre

---

[1] Das „Recht auf eine Leistung" besagt genau dasselbe wie die vom Entwurf beliebte umständliche Wendung „das Recht einer Person von einem andern eine Leistung zu verlangen".

[2] Die lehrhafte Ausführung des Inhalts dieser Einrede (§ 182), daß durch dieselbe die Geltendmachung des Anspruches ausgeschlossen wird, ergiebt sich bei obiger Fassung von selbst, da man eben nur bei einer Einrede dieses Inhalts davon reden kann, daß der Geltendmachung eine Einrede entgegenstehe; daß dies „dauernd" ist, ergiebt sich schon aus dem Mangel einer zeitlichen Beschränkung.

[3] Diese absolute Fassung ergiebt mit genügender Deutlichkeit, daß die soluti retentio nicht bloß bei den in Kenntnis, sondern auch bei den in Unkenntnis der Verjährung geschehenen Leistungen stattfindet, was § 182 Absatz 2 noch besonders hervorzuheben für gut findet: ubi lex non distinguit, iudici non licet distinguere.

Digitized by Google

Abstraktion aus denjenigen Normen, welche die einzelnen Fälle der Hemmung und Unterbrechung im einzelnen regeln. So ergiebt sich z. B. aus § 166 (verb. „beginnt und läuft die Verjährung") das Wesen der Hemmung und aus § 174 Absatz 2 (verb. „die mit Beendigung der Unterbrechung beginnende neue Verjährung") der Begriff der Unterbrechung.

Die Vorschriften über die Verjährung sind zwingender Natur. Der Verkehr erträgt es, wie die Motive I 291 ausführen, nicht, daß lange verschwiegene, in der Vergangenheit vielleicht weit zurückliegende Thatsachen zur Quelle von Anforderungen in einem Zeitpunkt gemacht werden, in welchem der in Anspruch genommene Gegner infolge der verdunkelnden Macht der Zeit nur schwer in der Lage ist, die ihm zur Seite stehenden entlastenden Umstände mit Erfolg zu verwerten. Dem Verpflichteten soll ein Schutzmittel gewährt werden, sich gegen voraussichtlich unberechtigte Ansprüche ohne Eingehen auf die Sache zu verteidigen. Geschieht dadurch im einzelnen Falle der materiellen Gerechtigkeit Eintrag, indem der Berechtigte eines wohlbegründeten Anspruchs verlustig geht, so ist dies ein Opfer, das der Betroffene dem Gemeinwohl bringen muß. Gehört demnach das Verjährungsinstitut zu dem ius publicum, so ist eine rechtsgeschäftliche — seine Zwecke gefährdende — Abänderung seiner Normen unzulässig, soweit nicht das Gesetz selbst eine solche gestattet: ius publicum privatorum pactis mutari non potest (l. 38 D. de pactis 2, 14). Daß insbesondere eine rechtsgeschäftliche Erschwerung durch Verlängerung der Verjährungsfrist regelmäßig ausgeschlossen ist (§ 185 Absatz 1) ergiebt zum Überfluß noch mit aller wünschenswerten Bestimmtheit der § 397, dessen Absatz 3 die Möglichkeit einer Verlängerung der gesetzlichen Verjährungsfrist für einen speciellen Fall — bei der actio redhibitoria und quanti minoris — besonders statuiert (vergl. auch § 444 Absatz 2, § 571 Absatz 3).

Der § 186 hat einen doppelten Inhalt[1]. Einmal: erlaubte

[1] Hölder a. a. O. S. 153, der auch die häßliche Fassung der Bestimmung mit Recht tadelt: „Selbsthülfe mittelst Handlungen, die an sich unerlaubt sind, ist unerlaubt . . ."

Handlungen bleiben erlaubte, auch wenn sie dem Zweck der Selbsthülfe dienen, d. h. die Absicht, einen dem Recht entsprechenden Zustand herzustellen, macht eine Handlung nicht zur unerlaubten. Dies ist so sehr selbstverständlich, daß vielmehr, falls man den entgegengesetzten Rechtszustand gewollt hätte, das Verbot jeder — auch der an sich erlaubten — Handlung, welche dem Selbsthülfezweck dient, ausdrücklich hätte ausgesprochen werden müssen. Zum andern enthält die Bestimmung den Satz, daß der Charakter der Unerlaubtheit nicht dadurch einer Handlung genommen wird, daß dieselbe dem Zweck der Selbsthülfe dient. Dies ist aber eine bloße Abstraktion aus dem folgenden Paragraphen[1], in dem die Voraussetzungen angegeben sind, unter denen die Selbsthülfe mittelst an sich unerlaubter Handlungen ausnahmsweise gestattet ist. In letzterem Paragraphen ist übrigens der Absatz 2 nach dem Begriff der Selbsthülfe und dem Zweck, zu welchem sie gemäß dem ersten Absatz zugelassen ist, selbstverständlich.

Der § 190 bestimmt in Absatz 1, daß die Verurteilung zu einer Leistung nur zulässig ist, wenn die Fälligkeit bereits eingetreten ist, eine Norm, die aus den beiden folgenden Absätzen, in denen die Fälle der Durchbrechung dieser Regel angeführt sind, mit genügender Deutlichkeit erhellt[2]. Auch ist die Form derselben keine besonders gelungene; denn seiner Fassung nach besagt der Satz eigentlich etwas Selbstverständliches. Die Verurteilung zu einer Leistung, d. h. der richterliche Ausspruch der Verpflichtung etwas zu thun, setzt voraus, daß die Verpflichtung wirklich in der Person des Beklagten erwachsen ist, also auch die Fälligkeit, sonst würde der Inhalt des Urteils dem materiellen Recht widersprechen. Gemeint ist vielmehr: Unzulässig ist ein Urteil des Inhalts, daß eine Partei zu einem zukünftigen Termin oder bei dem zukünftigen Eintritt einer Thatsache etwas zu leisten habe.

Der zweite Satz in Absatz 1 § 191 mag vielleicht erträglich

[1] Vergl. auch §§ 521 Absatz 2, 861, 1504, 1505, 1655.
[2] Vergl. auch §§ 943, 945, 978, 1055.

Digitized by Google

sein[1], um zweifellos zu stellen, daß die exceptio rei iudicatae sowohl in ihrer positiven wie in ihrer negativen Funktion (!) Anerkennung finden, aber nicht der nochmaligen Geltendmachung eines Anspruches seitens der siegreichen Partei entgegenstehen soll. Der erste Satz stellt sich dann aber jedenfalls lediglich als lehrhafte Abstraktion aus den beiden in jenem enthaltenen Bestimmungen über die negative und positive Funktion dar. Man kann, ohne den Bestimmungen Zwang anzuthun, den ersten Satz dem zweiten mit einem „d. h." anschließen: „Das rechtskräftig Zuerkannte kann nicht mehr bestritten, das rechtskräftig Aberkannte nicht mehr geltend gemacht werden, d. h. das rechtskräftige Urteil ist maßgebend für das Rechtsverhältnis zwischen den beiden Parteien." Begriff und Wesen der Rechtskraft gehören der Rechtsdogmatik an, sagen die Motive selbst (I 369). Notwendig ist aber selbst der zweite Satz sicher nicht. Ein lehrreiches Beispiel gewährt hierfür das Strafgesetzbuch. Dasselbe hat mit meisterhafter Ökonomie den strafrechtlichen Bedürfnissen zu genügen gewußt. Es hat kühn sogar jede Statuierung des Grundsatzes „ne bis in idem" abgelehnt. War dies zu kühn? Es hat sich bis jetzt wenigstens noch niemand finden lassen, der darum die Geltung jenes Satzes in Zweifel gezogen. Und wäre der Versuch, der auf strafrechtlichem Gebiet so vollständig geglückt, auf civilrechtlichem Gebiet wirklich allzu gewagt?

Einen durchweg doktrinären Charakter weist der zehnte Abschnitt „Beweis" auf. Derselbe enthält nur paragraphierte Ausführungen der Lehrbücher. Dieselben sollen aber um deswillen ratsam gewesen sein, weil „die Aufstellung allgemeiner Grundsätze der einheitlichen Rechtsprechung und der Rechtssicherheit sich dienlich erweisen wird" (Motive I 382). Eine Förderung einheitlicher Rechtsprechung ist doch aber nur dann in Frage, wenn eine solche nicht schon ohnedies gewährleistet erscheint. Und das ist doch wenigstens bei

[1] Die Form desselben ist aber jedenfalls zu mißbilligen; die Antithesenform ist eine viel zu prononcierte, um der erhaben-ruhigen Würde des Gesetzes zu entsprechen.

Digitized by Google

denjenigen Bestimmungen der Fall, welche nach den Motiven selber nur „anerkannte Sätze" wiedergeben (§§ 193—195). Die Rechtssicherheit hat noch kaum je durch die Kleidung allgemeiner wissenschaftlicher Wahrheiten in Gesetzesparagraphen gewonnen; die Fassung derselben in die knappe Form des Gesetzes stößt auf kaum überwindliche Schwierigkeiten und führt meist zu neuen Problemen, deren Lösung oft größere Schwierigkeiten bereitet, als jene Sätze beseitigt haben. In anderem Zusammenhang verschließen sich dieser oft bewährten Erfahrung die Motive selbst nicht (I 15). War wirklich ohne die angezogenen Paragraphen ein Auseinandergehen der Rechtsprechung darüber zu fürchten, daß wer einen Anspruch geltend macht, nur die rechtserzeugenden Thatsachen — und darunter die zur Gültigkeit des den Anspruch stützenden Rechtsgeschäfts etwa erforderliche Form (§ 195) — nachzuweisen brauche (§ 193 Satz 1), während es Sache des Gegners sei, die rechtshindernden (§ 194), die rechtsvernichtenden und die Exceptionsthatsachen (§ 193 Satz 2) darzuthun? Und auf der andern Seite, welche Fülle von Streitmaterial, welche Quelle für Fehlauslegungen bietet allein die Bezeichnung der rechtshindernden Thatsachen als die besonderen, die regelmäßige Wirksamkeit eines Thatbestandes ausschließenden Thatsachen (§ 194) und der Exception als auf Hemmung der Wirksamkeit eines Anspruchs gerichtet (§ 193), sowie das Verhältnis der besonderen Form des § 195 zu den besonderen Thatsachen des § 194. Die §§ 197, 198 sind einer Begründung überhaupt nicht für würdig erachtet worden (Motive I 384)[1] — aus dem allerdings zwingenden Grunde, daß Gründe für ihre Aufnahme gar nicht abzusehen sind. Der § 197 wiederholt lediglich den § 193 Satz 1 in kasuistischer Beziehung auf ein bedingtes Recht und der § 198 soll Auskunft über den Sinn des Wortes „Vermuten" geben, der doch sicher auch ohnedies der Gefahr des Mißverständnisses nicht ausgesetzt

[1] Was sich dort findet, ist alles andere, nur nicht eine „Begründung".

Digitized by Google

ist[1]. Danach ist von dem ganzen Abschnitt über den „Beweis" nur vielleicht der § 196, der von der Beweislast in dem Fall der Behauptung des unbedingten, unbetagten Geschäftsschlusses und der Gegenbehauptung der Bedingtheit, der Betagtheit des Geschäftes handelt, wegen des auf diesem Gebiet herrschenden Meinungsstreites angezeigt. Derselbe wäre dann aber dem § 129 als zweiter Absatz anzuschließen.

Wer jemandem Sicherheit zu leisten hat, muß ihm einen materiellen Rückhalt gegen möglichen Schaden gewähren; dieser mögliche Schaden besteht in der Minderung, die das Vermögen durch Eintritt der Unrealisierbarkeit des zu sichernden Rechtes erleiden kann. Daher muß die Sicherheit „in einem dem Werte des zu sichernden Rechtes entsprechenden Betrage" erfolgen. Der Entwurf hält es für erforderlich, dies in § 199 besonders zu bestimmen, — wohl nur um der Theorie einen Anhalt zur Feststellung des Begriffes der Sicherheitsleistung zu gewähren!

Das zweite Buch „Recht der Schuldverhältnisse" beginnt mit der unlogischen Teilung zwischen dem Gegenstande (1. Titel) und dem Inhalt der Schuldverhältnisse (2. Titel). Gegenstand und Inhalt fallen gewiß nicht zusammen, aber der Gegenstand ist das wichtigste Moment für die Bestimmung des Inhalts, nicht ein selbständiges Charakterisierungsmoment neben und außer dem Inhalt. Aber selbst wenn dies nicht der Fall wäre, muß nicht die Behandlung der „Leistung" (als Obligationsobjekt) und der „Verpflichtung zur Leistung" (als Obligationsinhalt) in verschiedenen Titeln die Praktikabilität der betreffenden Normen aufs empfindlichste vermindern, ohne andrerseits etwas mehr dadurch zu erreichen, als die Durchführung einer doktrinären

[1] Der § 198 kennt zwei Klassen von Vermutungen:
1. solche mit offen gelassenem Gegenbeweise.
2. solche, bei denen der Gegenbeweis ausgeschlossen ist.

Beide als Vermutungen zu bezeichnen, entspricht zwar der romanisierenden Doktrin (praesumptiones iuris, praesumptiones iuris et de iure). Allein Vermutungen sind doch nur die ersteren. Eine Vermutung mit ausgeschlossenem Gegenbeweis ist ein Widerspruch in sich. Der Entwurf hätte denselben nicht verewigen sollen.

Digitized by Google

Scheidung. Wir greifen die §§ 206, 224 heraus. Wenn es in jenem heißt:

> Der Gegenstand eines Schuldverhältnisses kann ein Thun oder ein Unterlassen des Schuldners[1] (Leistung) sein

und in letzterem (im Titel „Inhalt der Schuldverhältnisse"):

> Der Schuldner ist verpflichtet, die nach dem Schuldverhältnisse ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken[2],

enthält da wirklich die letztere Bestimmung irgend etwas, was nicht schon der § 206 besagt? Und wodurch anders ist diese Wiederholung notwendig geworden, als durch die Auseinanderreißung des „Gegenstandes" von dem „Inhalt der Schuldverhältnisse"?[3] Welche Gefahren aber bieten derartige müßige Wiederholungen für die Auslegung, die nach der Natur der Sache ein Resultat erstrebt, welches den betreffenden Bestimmungen diesen Charakter der Müßigkeit nimmt, indem sie dieselben auch sachlich, inhaltlich zu differenzieren sucht. Aber selbst, ob auch nur der § 206 in einem Gesetzbuch hätte Platz finden sollen, kann billig bezweifelt werden. Derselbe enthält nur einen

---

[1] Die Worte „des Schuldners" sind ein Ausfluß jener exzessiv-pedantischen Genauigkeit, von der wir oben bereits eingehender gehandelt haben.

[2] Höchst wunderbar ist die Fassung der Bestimmung. Eine Leistung bewirken heißt natürlich sie vollständig bewirken, so daß vollständig bewirken hier nicht mehr bedeutet wie das einfache bewirken. Die nach dem Schuldverhältnisse ihm obliegende Leistung ist gleichbedeutend mit der Leistung, zu welcher der Schuldner nach dem Schuldverhältnis verpflichtet ist. Der Zusatz „nach dem Schuldverhältnisse" besagt aber nichts, was nicht schon in dem Wort „Schuldner" enthalten ist. Danach enthält der Satz die tiefe Wahrheit: Der Schuldner ist zu derjenigen Leistung verpflichtet, zu welcher er verpflichtet ist!

[3] Ein anderes Beispiel, zu welch willkürlichem, die Übersicht erschwerendem Auseinanderreißen zusammengehöriger Bestimmungen das Streben nach theoretischer Präcision führte, liefern die Bestimmungen über die Unmöglichkeit obligatorischer Leistungen. Die von Anfang an vorhandene Unmöglichkeit wird bei den Obligationen aus Verträgen (§ 344 ff.), die nachträglich eintretende im allgemeinen Teil des Obligationenrechts (§ 237 ff.) behandelt.

Digitized by Google

doktrinären Schluß aus dem Inhalt der gesamten obligationenrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs, der auch ohne besondere Normierung nicht verfehlt worden wäre, durch dessen Statuierung im Gesetz aber der wissenschaftlichen Erforschung des Wesens der Schuldverhältnisse eine durch praktische Rücksichten nicht gebotene Fessel angelegt ist. Zudem ist aber die Bestimmung auch noch ungenau. Es mag hingehen, unter dem „Thun" nicht bloß das facere, sondern auch das dare (l. 3 pr. D. de o. et a. 44, 7) mitzuverstehen, hingegen unter dem Unterlassen auch das „dulden" (Motive II 5) zu begreifen, erscheint schon weniger unbedenklich.

Der § 218 hat einen affirmativen und einen negativen Inhalt. Einen negativen, insofern er konstatieren soll, daß Ersatzansprüche ohne jede positive Beschränkung, wie sich solche im bisherigen Recht mannigfach finden (gemeines Recht: das Doppelte — c. un. C. de sentent., quae pro eo 7, 47 —, insbesondere auch ohne Abstufung nach dem Grade der Verschuldung — Preußisches Landrecht §§ 7/15 I 6, §§ 286/288 I 5 —), geltend gemacht werden können. Zu diesem Zweck ist die Bestimmung aber nicht erforderlich, da schon der Mangel einer beschränkenden Norm zu demselben Resultat führen würde, ein Grund, der zugleich auch den § 220 überflüssig erscheinen läßt. Dann aber auch soll die Bestimmung dem Richter einen Anhalt für den Umfang des in Betracht zu nehmenden Schadens an die Hand geben. Nun versteht es sich schon nach dem Wortsinn von selbst, daß unter Schaden nicht bloß die „erlittene Vermögenseinbuße", sondern auch der „entgangene Gewinn" zu verstehen ist, so gut es sich von selbst versteht, daß unter denselben nicht allein der sogenannte unmittelbare, sondern auch der sogenannte mittelbare Schaden fällt (Motive II 18). Da es sich bei dem lucrum cessans nur um hypothetische Erfolge handelt, so stehen nach Maßgabe der menschlichen Einsicht nur — mehr oder weniger — wahrscheinliche, nicht sichere oder gewisse Vorteile in Frage; gleichgültig aber ist es, ob es sich um eine nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge, also aus *generellen* Gründen, oder um eine nach den besonderen Umständen, also den *speci-*

Digitized by Google

fischen Verhältnissen des konkreten Falles, vorliegende Wahrscheinlichkeit handelt. Alles dies glaubt der Entwurf aussprechen zu müssen. Aber damit nicht genug, statuiert er als prinzipale Art des Schadenersatzes die Wiederherstellungspflicht und nur, soweit diese nicht angängig, Geldersatz. Daß der in natura nicht zu heilende Schaden nur durch Geld abgegolten werden kann, ist in der Natur der Verhältnisse so notwendig begründet, daß es auch ohne gesetzlichen Ausspruch der allgemeinen Anerkennung sicher ist; daß zuvörderst aber Naturalersatz zu versuchen, hat nicht nur „die Natur der Sache für sich", sondern entspricht auch „der Rechtslogik" (Motive II 20). Und trotz alledem bedurfte es seines Ausspruches im Gesetz, — in demselben Gesetz, welches die weit wichtigere, grundlegende Frage nach dem Erfordernis des Kausalzusammenhanges zwischen dem Schaden, um dessen Ersatz es sich im konkreten Falle handelt, mit demjenigen Umstande, der den Ersatzanspruch begründet, und die fernere viel zweifelhaftere Frage, ob nur die voraussehbaren Folgen des zu vertretenden Umstandes eine Ersatzpflicht begründen, als gesetzlicher Normierung nicht bedürftig erklärt hat (Motive II 18). Welches ist da das der Grenzbestimmung zwischen dem im Gesetz zu normierenden und dem der gesetzlichen Normierung nicht bedürftigen Rechtsstoffe zu Grunde liegende Prinzip? Enthalten nun die §§ 218, 220 nichts, was die Rechtsauslegung nicht auch ohne gesetzliche Fixierung gefunden hätte, so ist der § 218 überdies auch nicht ungefährlich. Für die verständige Rechtsanwendung überflüssig, enthält er für die unverständige die Gefahr, durch besondere Urgierung des einen oder anderen in der Bestimmung angeführten Momentes, z. B. des gewöhnlichen Laufes der Dinge, der Wahrscheinlichkeit, in ein Schematisieren zu verfallen, welches auf keinem Gebiet noch soviel Unsegen gestiftet hat als auf dem der Schadensprozesse.

Der Schuldner hat dem Gläubiger die Leistung zu beschaffen; nur für diesen Zweck und innerhalb der durch diesen Zweck gebotenen Grenzen ist sein Wille rechtlich gebunden; jenseits derselben ist sein Wille frei, also insbesondere bezüglich der ver-

Digitized by Google

schiedenen Realisierungsmöglichkeiten. Er hat die freie Wahl, sie durch Natur- oder Menschenkräfte, in eigener Person oder durch andere bewirken zu lassen. Sowenig der Entwurf es für erforderlich erachtet hat, ersteres besonders auszusprechen, sowenig war das in § 226 bezüglich des letzteren notwendig oder vielmehr um so weniger. Denn dies ergiebt sich bereits aus § 224 Absatz 2:

> Der Schuldner haftet . . . wegen des Verschuldens derjenigen Personen, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient.

Widerspricht der Schuldner der Annahme der von einem Dritten angebotenen Leistung, so kann sie der Gläubiger ablehnen. So besagt § 227 Absatz 2 Satz 1. Daraus folgt zweierlei. Einmal: der Gläubiger ist nicht ablehnungsberechtigt, wenn der Schuldner keinen Widerspruch erhebt; er kann keine besondere Einwilligung des Schuldners verlangen (Absatz 1). Alsdann: der Gläubiger ist auch bei Widerspruch nur ablehnungsberechtigt, nicht ablehnungsverpflichtet; er kann also die von dritter Seite angebotene Leistung auch annehmen, natürlich nur als das, als was sie ihm angeboten ist, d. h. als die dem Schuldner obliegende Leistung, womit das Erlöschen des Schuldverhältnisses (§ 263) und die Befreiung des Schuldners ohne weiteres gegeben sind (Absatz 2 Satz 2 des § 227). Danach ist in § 227 alles bis auf den ersten Satz des zweiten Absatzes entbehrlich, letzterer aber wäre angemessen als Absatz 3 dem § 224 anzuschließen, etwa in der Form:

> Der Gläubiger kann die von einem Dritten angebotene Leistung nur zurückweisen, wenn der Schuldner der Annahme widerspricht.

Eine ähnliche Erscheinung wie die eben besprochene weist auch der § 231 auf: der Absatz 1 stellt sich lediglich als Abstraktion aus dem zweiten Absatz dar und wäre besser zu streichen.

Der § 232, der dem vor der Fälligkeit zahlenden Schuldner das Recht des Abzuges abspricht, ergiebt sich sowohl aus der

Digitized by Google

„Natur der Sache" (Motive II 40) als insbesondere aus § 738. Denn wird hier der Anspruch auf den Zwischenzins negiert für den Fall, daß dem vorzeitig leistenden Schuldner die noch nicht eingetretene Fälligkeit unbekannt war, so muß dies erst recht zutreffen, wenn der Schuldner in Kenntnis derselben vor der Zeit leistete.

Die §§ 293, 294 enthalten Abstraktionen aus den folgenden Bestimmungen über Cession. Daß letztere eine Succession in die Forderung vermittelt, ist überdies schon durch die Überschrift des Titels „Sondernachfolge in Forderung und Schuld" zur Genüge angedeutet, und daß die Succession mit dem Moment der Übertragung statthat (§ 293), würde auch schon bei dem Schweigen des Entwurfes über einen anderen maßgeblichen Zeitpunkt erhellen. Der § 294 enthält nach Art der Lehrbücher eine übersichtliche Zusammenstellung der verschiedenen Cessionsgründe, die sich sämtlich aus den §§ 294 Absatz 2 (Abtretungsvertrag), und Absatz 3, 307 (Übertragung durch gerichtliche Anordnung), 300 (Übertragung kraft des Gesetzes) bereits ergeben.

Aus § 343 geht hervor, daß das einseitige Versprechen d. h. das Versprechen ohne Annahme nur in den vom Gesetz ausdrücklich statuierten Ausnahmefällen wirksam, also daß es abgesehen von diesen gesetzlich bestimmten Fällen unverbindlich ist. Diesen Lehrsatz spricht das Gesetz in § 342 aus. Es ist bei der Fassung des § 343 völlig unerfindlich, wie die Motive II 175 beim Mangel der beanstandeten Vorschrift die Gefahr für vorliegend erachten können, aus der Anerkennung des entgegengesetzten Grundsatzes bei der Stiftung, Auslobung und den Inhaberpapieren möchte geschlossen werden, daß der Entwurf von der allgemeinen Verbindlichkeit des einseitigen Schuldversprechens ausgehe.

Im geltenden Recht finden sich Gestaltungen, nach denen bei den gegenseitigen Verträgen im Fall des Verzuges des einen Teiles der andere rücktrittsberechtigt ist (vergl. schweiz. Bd. Ges. Art. 110 ff., code civil Art. 1184, 1102, 1104, bayr. Entw. Art. 115, 138). Um dies abzulehnen, hat der Entwurf den

Digitized by Google

§ 360 aufgestellt, nach welchem die Nichterfüllung seitens einer Partei der anderen kein Rücktrittsrecht gewährt. Allein wenn der Entwurf ein Rücktrittsrecht in § 361 für den besonderen Fall der Nichterfüllung einer auf festbestimmte Zeit gestellten Leistung und in § 369 für den ferneren Fall des von dem Schuldner zu vertretenden Unmöglichwerdens der Leistung statuiert, so ergiebt sich, daß in Fällen, in denen sonst die vertragsmäßige Leistung nicht erfolgt, ein Rücktrittsrecht nicht erwächst. Dasselbe ergiebt sich aus den mannigfachen Bestimmungen, in denen ein Rücktrittsrecht für einzelne Verträge besonders normiert ist, so z. B. bei den Veräußerungsverträgen (§§ 377, 383, 387), bei der Miete (§§ 509, 528).

Der erste Absatz des § 380 enthält nur eine besondere Anwendung des Prinzipes der obligatorischen Vertragsfreiheit und stellt sich, wenigstens was den vertragsmäßigen Erlaß und die vertragsmäßige Beschränkung der Gewährleistungspflicht bezüglich des veräußerten Rechts (§§ 370/379) betrifft, lediglich als Abstraktion aus dem zweiten Absatz dar, als dessen Einleitung er wohl nur aufgestellt ist. Dasselbe gilt von den §§ 396 Absatz 1, 570 Absatz 1. Eine geringfügige Abänderung der betreffenden zweiten Absätze würde all diese Bestimmungen auch formell entbehrlich machen.

In § 397 enthalten die Worte „dergestalt . . . können" die lehrhafte Ausführung, daß auch die hier statuierte Verjährung bezüglich ihrer Wirkung unter den allgemeinen Verjährungsgrundsätzen des Entwurfes steht, also die Rechtswahrheit, daß die allgemeinen Prinzipien überall da zur Anwendung kommen, wo das Gesetz nicht etwas Abweichendes bestimmt. Denn schon nach § 182 ist die Geltendmachung eines verjährten Anspruches dauernd ausgeschlossen, so daß also auch sein einredeweises Vorbringen unbeachtlich ist. Der § 397 meint dies wegen der Erfahrung, die in der Praxis der landrechtlichen Gerichte in dem vorliegenden Fall gemacht ist, noch besonders hervorheben zu müssen. Allein mag damit die Gefahr, der die Praxis sich zum Teil nicht gewachsen gezeigt, beseitigt sein, so ist damit die viel

Digitized by Google

größere Gefahr heraufbeschworen, daß die Sonderbestimmung zu der Meinung führen kann, sonst lasse die Verjährung eine Einrede übrig, — eine Meinung, die für sich auch noch ein weiteres argumentum e contrario aus § 407 anzuführen vermöchte, der ebenfalls die einredezerstörende Wirkung der Verjährung für den dort behandelten Fall ausdrücklich konstatiert.

Auf obligatorischem Gebiet gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit und der fernere der Gültigkeit eines Versprechens, auch ohne daß der Promissar ein eigennütziges Interesse an demselben hat (Motive II 268). Daher ist einmal der Vertrag zu Gunsten eines Dritten rechtsbeständig und möglich sowohl mit ausschließlicher Berechtigung des Promissars oder des Dritten oder mit kumulativer Berechtigung beider, des ersteren die Leistung an den Dritten, des letzteren die Leistung an sich zu fordern (§ 412); daher weist ferner die aus dem Vertrage erwachsene Berechtigung des Dritten diejenigen Qualitäten — Betagtheit (§ 413), Bedingtheit — auf, welche die Parteien ihm beilegen wollen. Insbesondere kann auch zur Bedingung gesetzt sein, daß die Parteien nicht zu einem contrarius consensus gelangen (§ 414 Satz 2). Ist die Berechtigung des Dritten hingegen ohne solchen Vorbehalt gewollt, so ist sie, mag sie im übrigen Qualitäten haben, welche sie wolle, mag sie insbesondere in anderer Weise bedingt oder befristet sein, jedenfalls unabhängig gestellt von Willensänderungen der Kontrahenten, also unwiderruflich und unentziehbar. Ist hingegen das Recht des Dritten auch noch nicht einmal als bedingtes oder betagtes erwachsen, so versteht es sich von selbst, daß die Paciscenten die zu Gunsten des Dritten getroffene Verabredung wieder aufheben und abändern können (§ 414 Satz 1); dies gilt insbesondere auch bei einer Verfügung zu Gunsten eines noch nicht Geborenen, da dieser vom Entwurf im allgemeinen als rechtsunfähig (§ 3) behandelt wird, also auch nicht Inhaber eines bedingten Rechts sein kann. Eine Verabredung, durch welche die Parteien sich jenes Rechts begeben würden, ohne eine Berechtigung des Dritten auch als nur bedingte zu wollen, wäre eine kontrakt-

Digitized by Google

liche Beschränkung der Verfügungsfreiheit ohne gleichzeitige Begründung des der Beschränkung entsprechenden Rechtes des Dritten und als solche schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unwirksam (Motive II 281). Danach ist der gesamte Inhalt der §§ 412 414 schon durch die allgemeinen den Entwurf erkennbar beherrschenden Grundsätze gegeben und ihre Statuierung lediglich der Angst, sich mißverstanden zu sehen, entsprungen — mit Ausnahme eines Punktes, nämlich daß im Zweifel die Berechtigung des Promissars, die Leistung an den Dritten zu fordern, sei es neben dem Recht des Dritten sei es ausschließlich, anzunehmen sei. Durch die Abstellung der Berechtigung des Dritten auf den Willen der Parteien ist der Entwurf nun zwar freilich in Übereinstimmung mit seinen allgemeinen Grundsätzen geblieben und zwar in so genauer, daß er, wie ausgeführt, in den §§ 412 414 im wesentlichen nichts sagt, was nach denselben sich nicht schon von selbst verstünde, allein zugleich hat er damit den Vertrag zu Gunsten Dritter in seiner Eigenart vernichtet, ja zu einer völlig unpraktikablen Rechtserscheinung gemacht. Eine Berechtigung des Dritten soll nur anzunehmen sein, „sofern aus dem Inhalte des Vertrages sich ergiebt, daß diese Berechtigung des Dritten gewollt ist" (§ 412 Absatz 1). Hiernach muß der Dritte erst beweisen, daß seine Berechtigung von den Vertragschließenden gewollt sei (Motive II 269). Es soll nun aber noch erst der Vertrag aufgewiesen werden, aus dessen Inhalt sich ein Moment für oder gegen die unmittelbare Berechtigung des Dritten ergiebt. Die Vertragschließenden pflegen bei Vereinbarung einer Leistung zu Gunsten eines Dritten an die „Doktorfrage" gar nicht zu denken, ob der Dritte ein Recht daraus erwerben solle oder nicht, und danach auch natürlich der „Inhalt des Vertrages" darüber gar nichts zu ergeben[1]. Der Dritte vermag den ihm zugemuteten Beweis kaum je zu führen; seine Rechtsstellung ist eine sehr prekäre, abhängig von dem guten Willen des Promittenten, der seine Berechtigung anerkennt, illusorisch, sobald er dieselbe bestreitet. Zu einem prak-

[1] Bähr a. a. O. S. 61.

Digitized by Google

tisch brauchbaren Resultat ist nur zu kommen, wenn sich der Entwurf zu entschließen vermag, den § 412 Absatz 1 dahin zu ändern:

> Der Dritte, zu dessen Gunsten eine Leistung vereinbart wird, ist berechtigt, dieselbe von dem Versprechenden zu fordern, sofern der Vertrag nicht ein anderes bestimmt.

Der erste Satz des § 421 statuiert lediglich die abstrakte Möglichkeit, eine Konventionalstrafe nicht bloß für die Nichtleistung, sondern auch für die nicht gehörige Leistung zu vereinbaren, woran auch wohl sonst niemand gezweifelt haben würde; wenn er ferner bestimmt, daß statt der Konventionalstrafe auch Schadenersatz gefordert werden könne, so ergiebt sich dies, selbst wenn man es nicht aus allgemeinen Grundsätzen schließen könnte, schon im Wege einer zwingenden Analogie aus § 420.

Der § 437 enthält eine Definition der Schenkung. Die Motive selbst erkennen an, daß dieselbe der Bemängelung nach der Seite ihrer Präcision ausgesetzt ist. Allein sie lehnen die nähere Präcisierung mit den Worten ab: „Jede Verdeutlichung und insbesondere jener Zusatz („nächste Absicht" statt bloß „Absicht"), abgesehen davon daß derselbe für die Sprache der Gesetzgebung nicht paßt, würden indessen nur neue Zweifel hervorrufen und in nicht zu billigender Weise der Wissenschaft und Praxis vorgreifen." Das sind goldene Worte, von denen man nur gewünscht hätte, daß sie von dem Entwurf eindringlicher beherzigt worden wären, als es wirklich geschehen. Insbesondere auch bei der von dem Entwurf beliebten Definition der Schenkung. Ist das wirklich die Sprache der Gesetzgebung, die da gesprochen wird? Ist es nicht eine Beengung für die Wissenschaft in der freien Forschung, wenn die Gesetzgebung den jetzt herrschenden Begriff der Schenkung durch Anerkennung in einer gesetzlichen Definition mit einer gewissen besonderen Autorität zu bekleiden versucht? Die Definitionen soll sich die Wissenschaft aus den vom Gesetz getroffenen Bestimmungen unmittelbar praktischer Anwendbarkeit selbst holen. Und wäre es wirklich so gefährlich gewesen, dies auch im vorliegenden Fall der freien For-

Digitized by Google

schung zu überlassen? Eine verständige Erwägung der in den §§ 438, 439, 1500, 58 niedergelegten Rechtsgedanken würde den vom Entwurf unterstellten Schenkungsbegriff auch ohne jenen definierenden Paragraphen haben erkennen lassen. Übrigens sind in demselben jedenfalls die Worte „an einen anderen erfolgende" überflüssig; denn sich selbst kann niemand rechtlich etwas zuwenden.

Nach der Entwickelung, welche der Darlehnsvertrag durchgemacht hat, ist derselbe weit über sein Ausgangsgebiet — die unmittelbare Hingabe vertretbarer Sachen aus dem Vermögen des Darleihers in das des Darlehnsnehmers — hinausgewachsen: ex omni obligatione nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. Ob es sich empfehlen würde, die Grundformen, in denen sich diese Erweiterung des ursprünglichen Darlehnsgebiets vollzogen hat, im Gesetz aufzuführen, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ist es ebenso willkürlich wie irreleitend, eine derselben, wie in § 454 geschehen, besonders zu normieren, die anderen zu übergehen. Denn in Verbindung mit dem grundlegenden, allein die mutui datio berücksichtigenden § 453 verführt jene Bestimmung geradezu dazu, als vom Entwurf anerkannt nur die Ausdehnung des Darlehnsbegriffes nach dieser Richtung hin zu erachten und daher die anderen Formen der Erweiterung des ursprünglichen Darlehnsgebietes nicht als Darlehnsgeschäfte zu behandeln. Freilich soll gerade der besonders geregelte Fall „zu häufig und zu wichtig sein", um ihn der Gefahr falscher Behandlung aussetzen zu können. Eine Statistik über die Häufigkeit des Vorkommens solcher Fälle im Verhältnis zu den sonstigen anomalen Darlehnsfällen existiert nicht und kann nicht existieren. Der Schluß von der größeren Häufigkeit oberstrichterlicher Entscheidungen jener Fälle im Verhältnis zu letzteren auf ein entsprechend häufigeres Vorkommen jener ist offenbar ein sehr trügerischer, vor dem gerade wegen seiner Beliebtheit nicht dringend genug gewarnt werden kann. Die Motive ziehen diesen Schluß und begehen dabei noch den Fehler gefährlicher Verallgemeinerung. Die Fälle, welche die Motive ins Auge fassen,

Digitized by Google

finden sich — abgesehen von einem Fall in Band X der Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen — abgedruckt in den Bänden 23/25, 31/32 von Seufferts Archiv, haben sich also in verhältnismäßig kurzem Zeitraum abgespielt. Wie nahe liegt da nicht die Möglichkeit, daß vorübergehende ökonomische Verhältnisse — es handelt sich um Stundungen in der juristischen Form von Darlehn! — ihre etwaige größere Häufigkeit veranlaßt haben und daß dieselben nach einer kleinen Spanne Zeit wieder zurücktreten.

Zinsen werden aus einem Darlehnsgeschäft nicht von selbst geschuldet; es besteht keine gesetzliche Verpflichtung zur Leistung von Zinsen auf die dargeliehene Summe; sie müssen vielmehr besonders ausbedungen werden. Dies ist allgemein Rechtens, sagen die Motive II 312, — diese Äußerung enthält aber doch keine Begründung für die Aufnahme einer solches besonders statuierenden Norm (§ 455), sondern das Gegenteil einer solchen, da was allgemein anerkanntes Rechtens ist, der Aufnahme ins Gesetz entraten kann; der Paragraph soll auch wohl nur, wie so mancher andere, als Über- und Einleitung zu dem folgenden dienen[1].

Der § 459 enthält eine Definition des Kaufvertrages. Daß der Käufer zur Zahlung des Kaufpreises, der Verkäufer zur Übergabe der verkauften Sache und derjenigen Sache, ohne deren Innehabung ein verkauftes Recht nicht ausübbar ist, verpflichtet ist, wäre auch ohne gesetzlichen Ausspruch nicht verkannt worden. Die weiter aber in Absatz 1 ausgesprochene „Rechtsverschaffungspflicht", wie es die Motive nennen (II 317), ergiebt sich bereits aus den §§ 370 ff. mit aller wünschenswerten Deutlichkeit. Danach bleibt allein die in dem zweiten Absatz statuierte Abnahmepflicht des Käufers von dem ganzen Paragraphen als des gesetzlichen Ausspruches bedürftig.

Der Tausch hat seine Regelung im § 502 gefunden. Danach

[1] Wo der Entwurf eine gesetzliche Zinsverpflichtung statuieren wollte, hat er stets eine positive dahin gehende Bestimmung getroffen (vergl. §§ 248, 252, 427, 455, 467, 717).

Digitized by Google

soll derselbe den Normen über den Kauf unterliegen und jede Partei zugleich als Käufer und Verkäufer betrachtet werden. Das ist aber gerade dasjenige, worüber beim Tausch allgemeines Einverständnis herrscht (Motive II 367). Wäre dasselbe in die Brüche gegangen, wenn der Entwurf sich über den Tauschvertrag völlig ausgeschwiegen hätte? Freilich widmen die Lehrbücher demselben besondere Besprechung und es hätte danach die theoretische Abrundung des Entwurfes darunter gelitten, wenn er seiner trotzdem gar nicht gedacht hätte!

Der § 503 definiert den Mietvertrag; der Mietvertrag ist ein so einfaches und in so häufiger Anwendung stehendes Rechtsgebilde, daß seine Merkmale auch dem Laien geläufig sind. Ein jeder weiß, daß derselbe den Vermieter zur Gewährung des Gebrauches der Mietsache während der Mietzeit, also zur Überlassung derselben in einem zu dem Gebrauch geeigneten Zustande und zur Erhaltung in diesem Zustande während der Kontraktszeit (§ 504), und den Mieter zur Entrichtung des Mietzinses verpflichtet. Auch von dem Gesichtspunkt der Klarstellung dessen, daß der Entwurf nur eine Sachmiete, keine Rechtsmiete kennt, erscheint der § 503 nicht geboten, da dies sich schon aus den immer nur von „Sachen", nicht von „Gegenständen" als Mietobjekten redenden weiteren Normen ergiebt (vergl. §§ 505, 512 517, 519/520). Was von § 503, gilt entsprechend auch von dem den Pachtvertrag definierenden § 531. Daß der Pachtvertrag Anspruch auf den Gebrauch des Pachtobjektes gewährt, geht aus § 532, daß er Anspruch auf den Fruchtgenuß gewährt, aus § 533, daß der Pächter den Pachtzins zu entrichten hat, aus § 534, daß die Pacht nicht bloß Sachen, sondern auch Rechte zum Gegenstande haben kann, aus § 537 Absatz 1 hervor. Einen weiteren Inhalt hat aber die in Frage stehende Bestimmung nicht.

In § 549 wird der Inhalt der „Gebrauchsleihe" abgestellt auf eine doppelte Verpflichtung des Entleihers, nämlich einmal die Sache nur vertragsmäßig zu gebrauchen und alsdann dieselbe dem Verleiher zu der vertragsmäßigen Zeit zurückzugeben, —

Digitized by Google

eine Verpflichtung, die sich schon aus § 554 ergiebt. Damit soll wiederum eine Art Definition gegeben sein. Allein dieselbe ist, auch abgesehen von der bereits gewürdigten Gebrauchspflicht[1], nicht korrekt. Nach derselben erscheint als ein wesentliches Moment für das Kommodat die Festsetzung eines Zeitpunktes der Rückgabe, während erfahrungsmäßig der viel häufigere Fall ist, daß ohne solche die Zeit der Rückgewähr sich aus dem Zweck, zu dessen Erreichung die Leihe erfolgt ist, ergiebt (§ 555). Der grundlegende, der Kennzeichnung des Wesens des Kommodates bestimmte § 549 darf doch aber nicht von der selteneren Gestaltung ausgehen und diese als die regelmäßige unterstellen: auch hierin zeigt sich der Einfluß der die realen Verhältnisse nicht immer genügend würdigenden Doktrin, in der von dem Kommodat mit fixiertem Termin als der Regel ausgegangen wird. Aber der Paragraph enthält überhaupt nichts, was speciell der Leihe charakteristisch wäre. Auch bei der Miete darf der Mieter die Sache nur vertragsmäßig gebrauchen — oder darf, wer einen Park zum Lustwandeln gemietet, denselben von Lastfuhrwerk befahren lassen? — und muß die Sache zu der vertragsmäßigen Zeit zurückgeben (§§ 528 Nro. 1, 520). Es ist daher geradezu falsch, wenn § 549 sagt: „Wer eine Sache von einem andern[2] zum unentgeltlichen Gebrauch empfangen hat, ist verpflichtet, die Sache nur vertragsmäßig zu gebrauchen und dem anderen dieselbe Sache zu der vertragsmäßigen Zeit zurückzugeben." Nein, nicht nur wer sie zum unentgeltlichen Gebrauch, sondern auch wer sie zum entgeltlichen empfangen, ist dazu verpflichtet: es gilt von beiden diesbezüglich genau dasselbe. Die in § 549 gegebene — wenn auch nur „mittelbare" — Definition der Leihe ist viel zu weit und darum falsch! Nach § 555 Satz 1 ist, wer eine Sache für einen bestimmten Zweck geliehen, verpflichtet, dieselbe nach dem bezweckten Gebrauch zurückzugeben;

[1] Vergl. hierzu oben S. 18.

[2] „Von einem anderen", „dem anderen" und „dieselbe Sache" sind völlig überflüssig.

Digitized by Google

also weder kann sie der Verleiher vorher zurückfordern, noch darf der Entleiher sie weiter behalten. Das heißt aber im Grunde nichts anderes wie ein Vertrag solchen Inhalts ist gültig, was besonderen Ausspruches doch wahrlich nicht bedurfte.

Der § 559 enthält im ersten Satz von Absatz 1 eine Definition des Dienstvertrages: Danach sind Gegenstand des Dienstvertrages Dienste — und zwar Dienste aller Art, wie der Entwurf in seiner großen Fürsorglichkeit hinzufügt (Satz 2) —, aber nur gegen Entgelt gewährte. Einzig das letztere Moment bedurfte der gesetzlichen Normierung, weil es mit dem Begriff des Dienstvertrages an sich noch nicht gegeben ist; allein auch dieses Erfordernis ist bereits in den §§ 560/562 zu genügend deutlichem Ausdruck gekommen. Entsprechendes gilt von dem § 567, der den Begriff des Werkvertrages feststellt.

Auch der § 585 enthält eine jener verschämten Definitionen, wie sie der Entwurf liebt. Ihre hauptsächlichste Aufgabe scheint die Abscheidung des Auftrages vom Dienstvertrage sein zu sollen. Daß dies durch den Gebrauch der Worte „Geschäft" und „besorgen" in besonders charakteristischer Weise geschehen, ist doch nicht so zweifellos, als den Motiven II 527 zu sein scheint. Auch kehren ja diese Worte in den folgenden Bestimmungen oft genug wieder, um erkennen zu lassen, daß der Inhalt des Auftrages die Geschäftsbesorgung für einen andern sein soll (vergl. §§ 587, 589, 599, 601). Im übrigen aber wird im § 585 lediglich das Prinzip der Vertragsfreiheit, welche das Obligationenrecht beherrscht, in besonderer Anwendung auf das Auftragsverhältnis statuiert. Der erste Satz des folgenden Paragraphen wendet sich gegen die herrschende gemeinrechtliche Lehre, welche an dem Grundsatz des römischen Rechts mandatum, nisi gratuitum, nullum est (l. 1 § 4 D. mand. 17, 1) noch festhält. Allein der entgegengesetzte Standpunkt, den der Entwurf einnehmen will, ergiebt sich schon aus seinen anderweiten Bestimmungen (Satz 2 §§ 586, 596) mit hinreichender Deutlichkeit. Wenn aber ferner der Satz 1 noch andeuten soll, daß auch nach der Auffassung des Entwurfes die Unentgeltlichkeit dem juristischen

Digitized by Google

Wesen des Auftrags entspreche (Motive II 528), ohne daß aber daraus eine Vermutung gegen die Entgeltlichkeit zu entnehmen sei, so ist dabei zu bemerken, daß, jenes als richtig angenommen, nicht bloß eine Vermutung gegen die Entgeltlichkeit sprechen, sondern vielmehr die Entgeltlichkeit das Vorliegen eines Mandates schlechthin ausschließen würde, da er mit derselben sein „juristisches Wesen" aufgeben würde. Vollends mit einem Satz, wie: „Eine Vergütung ist als stillschweigend vereinbart anzusehen, wenn die Ausführung des Auftrages nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten war" (§ 586), ist die Auffassung, daß die Unentgeltlichkeit dem juristischen Wesen des Mandats entspreche, gänzlich unvereinbar. Auch würde diese Auffassung mit täglichen Erscheinungen des bürgerlichen und Handelsverkehrs in unversöhnlichem Widerspruch stehen. Was soeben über die §§ 585, 586 ausgeführt wurde, läßt sich zum größten Teil wörtlich übertragen auf die lehrhaften §§ 614, 615 Satz 1, welche das Wesen des Hinterlegungsvertrags darlegen sollen.

In § 605 werden die Voraussetzungen angegeben, unter denen ein Assignat ermächtigt ist, die Leistung an den Anweisungsempfänger für Rechnung des Assignanten zu bewirken. Unter denselben ist nicht eine unmittelbare Benachrichtigung des Assignaten durch den Assignanten aufgeführt, woraus sich deren rechtliche Bedeutungslosigkeit für jene Ermächtigung ergiebt. Der Entwurf hebt dies noch besonders hervor. Ein wie wenig für eine Gesetzgebung passender Zusatz dies ist, wird klar, wenn man sich, was ohne jede sachliche Störung angeht, denselben mit einem „also" an das Vorhergehende angereiht denkt, etwa so:

> Wenn jemand einem anderen eine Urkunde behändigt, in welcher er einen Dritten auffordert, an den andern eine Leistung zu bewirken, so ist . . . der Angewiesene ermächtigt, die Leistung an den Anweisungsempfänger für Rechnung des Auffordernden zu bewirken. Einer Benachrichtigung des Angewiesenen von seiten des Anweisenden bedarf es also nicht.

Digitized by Google

Jemandem etwas gestatten heißt: ihm unsere Einwilligung zu einer Handlung geben, welche ohnedies unerlaubt wäre. Durch die Gestattung soll ein der Handlung entgegenstehendes Hindernis beseitigt, nicht aber eine Verpflichtung zur Vornahme jener Handlung begründet werden. Dieselbe bleibt vielmehr auch fernerhin freies Belieben desjenigen, dem sie gestattet worden ist. Daher ist es überaus verwunderlich, wenn der § 618 von der dem Depositar erteilten Gestattung redet, die hinterlegten Sachen zu gebrauchen, wenn er wolle.

Der § 629 enthält in seinem ersten Absatz die gesetzliche Definition der Societät: Vereinbarung von Beitragsleistungen zur Erreichung eines gemeinschaftlichen Zweckes. Diese Charakterisierung des Gesellschaftsvertrages ist lediglich eine Abstraktion aus den §§ 630, 632, 651. Danach ist der Societät wesentlich ein gemeinsam zu verfolgender Zweck; derselbe ist ein unentbehrlicher Bestandteil des Gesellschaftsvertrages. Ist derselbe unmöglich, so ist daher notwendig der ganze Vertrag nichtig. (§ 628 Absatz 2). Bedurfte dies überhaupt einer Andeutung im Gesetz, so war dieselbe doch mit den §§ 651, 114 — nicht, wie die Motive meinen, § 344 — genügend deutlich gegeben.

Dem ersten Absatz des § 631 würde es sicher niemand, der es nicht schon weiß, anmerken, daß derselbe Teil eines Gesetzeswerkes ist; viel eher würde man annehmen, in ihm einen Satz aus einem — freilich etwas schwerfällig geschriebenen — Lehrbuche vor sich zu haben. Er enthält lediglich eine Zusammenstellung der möglichen Arten, in welchen die Vergemeinschaftlichung der von den Gesellschaftern beizutragenden Gegenstände geschehen kann. Auch der Absatz 4 ist wohl wesentlich mit Rücksicht auf die theoretische Abrundung der Lehre geschaffen worden. Denn daß die Voraussetzungen für das Gemeinschaftlichwerden der beizutragenden Objekte sich nach den allgemeinen für die Übertragung derselben geltenden Grundsätzen bestimmen, wäre auch beim Schweigen des Entwurfes gewiß nicht verkannt worden. Der § 659 weist in seinem zweiten Satz eine lehrhafte Ausführung der im ersten Satz enthaltenen Bestimmung auf; auch diese beiden

Digitized by Google

Sätze lassen sich vorzüglich durch ein „das heißt" miteinander verbinden!

In § 668 Absatz 1 begegnet uns wieder eine jener mittelbaren Begriffsbestimmungen, von denen der Entwurf wimmelt. Und doch ist gerade die Bürgschaft eines der auch dem Laien geläufigsten Rechtsinstitute. Fällt aber diese Bestimmung, so entfällt damit auch der einzige Grund für die Statuierung des § 669, nämlich die Gefahr, aus der Fassung jener zu schließen, es müsse sich bei der Bürgschaft stets um eine gegenwärtige, bestimmte Verbindlichkeit handeln.

Das dritte Buch „Sachenrecht" beginnt mit einer Reihe Bestimmungen, welche unmittlbar einem Lehrbuche entnommen zu sein scheinen. Die Bestimmungen des Entwurfes ergeben, daß unter Sache stets ein körperlicher Gegenstand verstanden wird und daß da, wo eine Norm sowohl auf Sachen als auch auf Rechte sich beziehen soll, der Ausdruck „Gegenstand" gewählt ist. Eine hiermit übereinstimmende Wortdefinition (§ 778) soll jedoch den Nutzen haben, daß sie einer doppelsinnigen Auslegung des Wortes „Sache" vorbeugt, ohne daß es nötig wäre, jedesmal das Eigenschaftswort „körperlich" hinzuzufügen. So die Motive II 33. Diese Begründung leidet an einem inneren Widerspruch. Entweder ergeben bereits die sonstigen einschlagenden Bestimmungen des Entwurfs klar die Bedeutung des Ausdrucks „Sache" — dann liegt die Gefahr einer doppelsinnigen Auslegung nicht vor — oder diese Gefahr liegt vor, so daß ihr durch eine besondere Bestimmung vorgebeugt werden muß — dann ergiebt sich die Bedeutung, in welcher der Entwurf das Wort „Sache" gebraucht, eben noch nicht aus den anderweiten Bestimmungen. In der That trifft das erstere zu und der § 778 dankt seine Entstehung nur den theoretisierenden Neigungen des Entwurfes. Dasselbe ist von § 779 mit seiner Definition der Vertretbarkeit zu sagen. Oder wer würde angesichts einer Bestimmung wie in § 453:

> Wer Geld oder andere vertretbare Sachen als Darlehen empfangen hat, ist verpflichtet, das Empfangene in

Digitized by Google

Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten,

den Begriff der vertretbaren Sachen als solcher, welche im Verkehr nach Zahl, Maß und Gewicht bestimmt zu werden pflegen, verkennen?[1] Ist es ferner ein in einem Gesetzbuch — ich sage nicht: notwendiger, sondern auch nur — erträglicher Satz:

Verbrauchbare Sachen ... sind diejenigen beweglichen Sachen, welche durch Verbrauch ... genutzt zu werden pflegen (§ 780 Absatz 1).

Daß die Verbrauchbarkeit nicht im natürlichen Sinn gemeint ist, ergiebt schon die Erwägung, daß sie dann gar keine Qualifikation für gewisse Sachen enthielte, indem nach den Gesetzen der Natur alle Sachen (z. B. der Diamant durch Feuer) verbrauchbar wären. Der Begriff einer besonderen juristischen Verbrauchbarkeit, der danach allein in Frage kommen kann, ergiebt sich aber bereits aus den §§ 546, — welcher sogar Beispiele wie Stroh, Dünger, Futtergetreide, Samen aufführt, — 1018/1019, 1294, 1523.

Der § 782 enthält die Norm, daß an wesentlichen Bestandteilen einer Sache ein von dem Recht der Sache im ganzen abgesondertes Recht nicht stattfindet. Dieser Satz enthält eine Abstraktion aus den §§ 783/786, 798, 890/892, 895/897, 1067, 1071 nach der negativen Seite. Durch diese Abstraktion soll das Gesetz an „Klarheit und Einfachheit" gewinnen. Es kann dahingestellt bleiben, inwieweit das zutrifft, aber selbst wenn sie dadurch befördert würden, sie wären teuer erkauft durch die in jeder gesetzlichen Fixierung solcher Abstraktionen liegende Erschwerung wissenschaftlicher Forschung. Das geltende Recht hat sich durchweg beschieden ohne ausdrückliche Statuierung des Grundsatzes lediglich gewisse unmittelbar praktische Konsequenzen desselben auszusprechen. Der Grundsatz ist aber auch falsch oder wenigstens zu allgemein gefaßt. Denn in flagrantem Widerspruch mit demselben führt der § 785 Sachen

[1] Vergl. auch §§ 454, 618, 631, 1846.

Digitized by Google

auf, die alle Merkmale wesentlicher Bestandteile aufweisen und an denen doch ein Sonderrecht stattfindet! Um das zu verdecken, hat der Entwurf zu dem einfachen Mittel gegriffen zu erklären, daß solche Sachen, mögen sie auch alle Merkmale der Bestandteile aufweisen, doch keine Bestandteile seien. Wir kommen damit zu der kuriosen Erscheinung: Ein Gebäude, vom Grundeigentümer errichtet, ist Bestandteil des Grundstücks, dasselbe Gebäude, vom Nießbraucher errichtet, ist nicht Bestandteil desselben, das heißt doch mit den Begriffen umspringen wie mit Marionetten. Nur um des danach besser aufzugebenden § 782 willen ist notwendig geworden der § 783 Absatz 1, um im Gegensatz zu demselben festzustellen, daß gewisse Sachen, gleichgültig ob deren Trennung vom Boden ohne Zerstörung oder wesentliche Veränderung möglich ist oder nicht, doch als Bestandteile des Grundstücks gelten; der zweite Absatz enthält eine lehrhafte Konsequenz aus Absatz 1. Auch der § 784 ist — abgesehen von der Bestimmung über den Samen — wohl nur durch den § 782 erforderlich geworden.

Der § 848 enthält eine Beschreibung des Inhaltes des Eigentums, welche eine Definition desselben ersetzen soll. Der Eigentumsbegriff ist einer jener juristischen Begriffe, welche in das allgemeine Rechtsbewußtsein übergegangen sind. Mag die Doktrin über das Wesen des Eigentums und dessen Definition noch so sehr streiten, das Leben erfreut sich einer genügend sicheren Vorstellung desselben, um seine sachgemäße Anwendung zu gewährleisten. Jede gesetzliche Definition oder auch nur Beschreibung würde der Rechtsanwendung keinen Vorteil, der Wissenschaft aber nur Nachteil und Gefahr bringen. Der folgende Paragraph soll darthun, wie sich das Eigentum in Anwendung auf Grundstücke gestaltet. Allein auch diese Bestimmung wäre nur erforderlich, wenn zu fürchten wäre, daß ohne dieselbe jemand verkennen würde, daß sich das Eigentum auf die Luftsäule und in die Tiefe erstrecke. Ist nun wohl wirklich denkbar, daß sich jemand finden sollte, der ohne diese Bestimmung die Herrschaft

Digitized by Google

des Grundstückseigentümers auf die Erdoberfläche beschränken würde, *welche eben als Fläche ja gar keine körperliche Einwirkung, keine reale Benutzung zuläßt.*

Die absoluten Rechte werden zu Ansprüchen dadurch, daß das Verhalten einer andern Person der Herstellung des rechtsgemäßen Zustandes im Wege steht (Motive III 393). Beim Eigentum d. i. dem Recht, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, ist dies der Fall, wenn ein anderer die thatsächliche Gewalt über die Sache sich anmaßt, sei es mit sei es ohne die Absicht, sie „als die seinige zu haben", also gleichgültig, ob ein anderer Besitz oder nur Inhabung an der Sache erlangt hat; denn in jedem Fall liegt eine Behinderung jener Befugnis beliebigen Verfahrens mit der Sache vor. Hat ein anderer den Besitz und ein dritter die Inhabung, so sind zwei dem Eigentumsrecht widerstrebende Willensbethätigungen[1] in Frage; gegen beide richtet sich daher der Eigentumsanspruch. Derselbe ist in zweifacher Gestaltung denkbar, entweder als Anspruch auf Unterlassung fernerer Besitz- und Innehabungshandlungen oder als Anspruch auf eine positive Thätigkeit, die Herausgabe. Der Entwurf beliebt die letztere Gestaltung, und dies wäre das einzige Moment, wegen dessen Statuierung des § 929 erforderlich erscheinen könnte, indem er sonst nur noch die Anerkennung der aus allgemeinen Grundsätzen sich bereits ergebenden Richtung des Eigentumsanspruches nicht nur gegen den Besitzer, sondern auch gegen den Inhaber enthält. Allein auch jenes Moment tritt bereits genügend deutlich aus den sonstigen von einer Herausgabepflicht des Inhabers und Besitzers fremder Sachen sprechenden Bestimmungen zu Tage, so daß es um seinetwillen nicht der Schaffung eines besonderen Paragraphen bedurft hätte (vergl. §§ 930, 931, 938 Absatz 3, 942 — nicht auch § 939 Absatz 2 —). Der § 942 ist zunächst kurios gefaßt. Die Pflicht zur Herausgabe und das Recht zum Behalten einer

[1] *Ohne Willen auch keine Inhabung.* Anders die Motive III 81.

Digitized by Google

Sache sind einander schlechthin ausschließende Gegensätze. Wenn daher der Paragraph besagt:

> Der Anspruch auf Herausgabe der Sache ist ausgeschlossen, wenn der Besitzer ... berechtigt ist die Sachen zu behalten,

so ist dies nach unseren Sprach- und Denkgesetzen eine unumstößliche Wahrheit, die eben deswegen nicht in ein Gesetzbuch gehört. Eine juristische Bedeutung erhält die Bestimmung erst dadurch, daß sie es für gleichgültig erklärt, ob jene Behaltungsbefugnis auf einem dinglichen oder obligatorischen Recht beruht. Bezüglich des dinglichen Rechts ist dies unbestritten. Auch die Bestimmungen des Entwurfes ergeben in vollster Klarheit den Grundsatz, daß das Recht an der Sache dem Recht des Eigentümers vorgeht. Hingegen ist es bezüglich des obligatorischen Rechts für das geltende Recht bestritten, ob dasselbe gegenüber der Vindikation geltend gemacht werden könne. Den Zweifelsgrund fand man darin, daß nur das dingliche Recht einen Anspruch auf Herstellung des ihm entsprechenden Zustandes, hingegen das obligatorische Recht nicht schlechthin einen Anspruch auf Naturalerfüllung gewähre, sondern dem Verpflichteten die Wahl lasse, statt der Naturalerfüllung Schadenersatz zu leisten. Allein wäre die Behauptung solcher Beschränkung des obligatorischen Zwanges für das geltende Recht auch so zutreffend, als sie unrichtig ist, so läßt jedenfalls der Entwurf keinen Zweifel, daß er das obligatorische Recht in dem ihm zugewiesenen Machtbereiche als ein nicht minder vollwirksames gestalten wollte und gestaltet hat wie das dingliche, also insonderheit auch als ein schlechthinnigen Anspruch auf Naturalerfüllung gewährendes Recht, und es erscheint der § 942 lediglich als eine lehrhafte Ausführung[1].

Aus der Stellung, die der Entwurf gegenüber den dinglichen Rechten einnimmt, und der besonderen Bestimmung des § 967

[1] Vergl. auch §§ 942, 964, 1017, 978, 1055 — nicht, wie in den Motiven III 967 citiert, 1054 —, ferner § 689.

Digitized by Google

ergiebt sich, daß die Prädialservitut mit thunlichster Schonung der Interessen des Eigentümers des dienenden Grundstückes auszuüben ist. Erfordert insbesondere die Servitut zu ihrer Ausübung Anlagen, so ist deren Halten ein rechtmäßiges, aber doch nur in dem Umfange und der Qualität, wie sie der Ausübung der Servitut zu dienen vermögen. Ordnungswidrige Anlagen hingegen erscheinen nicht als Mittler der Servitutausübung, sondern als unrechtmäßige — durch das servitutische Recht nicht gerechtfertigte — Eingriffe in fremdes Eigentum und unterliegen daher dem negatorischen Eigentumsanspruche. Alles dies besagt zum Überfluß der § 970 ausdrücklich.

Die Naturalteilung von Grundstücken im Sinne des Entwurfes ist die grundbuchliche Operation, durch welche aus einem einheitlichen Grundstück mehrere einheitliche Grundstücke gebildet werden (§ 787). Es versteht sich von selbst, daß eine derartige Buchungsoperation keinen Einfluß auf die an dem Grundstück bestehenden oder mit demselben verknüpften Rechte ausüben kann. Hätte der Entwurf derselben eine Wirkung auf diese Rechte beilegen wollen, so hätte es einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft; mangels einer solchen ist deren Einflußlosigkeit selbstverständlich. So hat sich denn auch, ohne ein Mißverständnis zu besorgen, der Entwurf bei den übrigen dinglichen Rechten beschieden mit Schweigen über die Wirkung der Naturalteilung hinwegzugehen — abgesehen von den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten § 1048, was in den Motiven III 487 Anm. 3 übersehen ist. Auch läßt sich die Einflußlosigkeit der Naturalteilung in der fraglichen Beziehung bereits aus dem zweiten Satz von § 975 und von § 976 abstrahieren, so daß in jedem Fall die ersten Sätze dieser Paragraphen unnötig erscheinen.

Die Rechte sind regelmäßig veräußerlich und belastbar (§ 312, 293). Wo Unveräußerlichkeit gelten soll, müßte dies daher besonderen Ausdruck gefunden haben. Danach ist § 1011 Absatz 1, welcher die rechtliche Möglichkeit der Veräußerung und Belastung

Digitized by Google

des Nießbrauchs statuiert, überflüssig[1], um so mehr, als sich die Veräußerlichkeit bereits aus Absatz 3 und aus § 1013 mit genügender Deutlichkeit ergiebt. Der zweite Absatz konstatiert die Anwendbarkeit des allgemeinen Grundsatzes nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet (l. 54, l. 175 § 1, l. 177 pr. D. de reg. iur. 50, 17) auf den Fall der Veräußerung des Nießbrauches, woraus folgt, daß Inhalt und Dauer des Nießbrauches, soweit sie sich aus der Person des ersten Nießbrauchers bestimmen, dies auch in der zweiten und ferneren Hand thun. Damit sollte „einem Mißverständnisse vorgebeugt werden, zu welchem die Eigenschaft des Nießbrauches als einer persönlichen, mit der Person endigenden Dienstbarkeit führen könnte" (Motive III 527). War die Gefahr eines solchen Mißverständnisses aber in der That eine ernstliche oder existierte dieselbe lediglich in einer von Überängstlichkeit gepeinigten Vorstellung? Wollte man übrigens den Gegensatz, in den der Entwurf durch die Anerkennung der Veräußerlichkeit des Nießbrauches zu dem bestehenden Recht tritt, durchaus noch besonders aussprechen, so hätte es dazu nicht einer besonderen Bestimmung bedurft, sondern genügt ein entsprechendes Wort in den § 980 einzufügen, etwa so:

> Eine Sache kann in der Weise belastet werden, daß einer Person das veräußerliche Recht zusteht, alle Nutzungen zu ziehen.

Der Absatz 1 des § 1021 erkennt die Möglichkeit des Nießbrauchs an einem Recht im allgemeinen an. Allein auch das ist wieder kein praktischer Anwendung fähiger Satz, da alles vielmehr darauf ankommt, in welcher Weise diese abstrakte Möglichkeit konkret realisierbar wird. Jene Bestimmung enthält keinen Rechtssatz, sondern einen Lehrsatz, gewonnen durch Abstraktion aus den folgenden Normen. Dasselbe gilt von dem die Möglichkeit eines Pfandrechts am Recht statuierenden § 1206 Absatz 1. Wozu in aller Welt den Entwurf mit solch überflüssigem, wenn nicht

[1] Vergl. auch § 1059: Die zu Gunsten einer bestimmten Person bestehende Reallast kann veräußert und belastet . . . werden.

Digitized by Google

schädlichem Material belasten? In den §§ 1148, 1149 ist gesagt, wofür das Faustpfand haftet, nämlich für die Forderung, für die es bestellt ist, nebst gewissen Accessionen. Daraus ergiebt sich, daß das Pfand für eine andere Forderung nicht zurückbehalten werden kann. Fürsorglich wie stets hat „mit Rücksicht auf den bestehenden Rechtszustand" (pignus Gordianum) auch dies der Entwurf noch in § 1194 zum Ausdruck gebracht:

> Das Pfand kann von dem Pfandgläubiger wegen einer andern Forderung als derjenigen, für welche das Pfandrecht begründet ist, nicht zurückbehalten werden.

Das klingt wirklich, als sei ein Gesetzbuch dazu da, einen Rechtsbeflissenen in die Anfangsgründe juristischen Denkens einzuführen. Und gleichzeitig wie nahe liegt die Gefahr, daß jene Bestimmung die Quelle verkehrter Schlußfolgerungen für das Zurückbehaltungsrecht wird.

In § 1233 bietet der erste Absatz eine lehrhafte Abstraktion aus den folgenden Absätzen. Stellt das Gesetz eine besondere Ehemündigkeit auf, so kann das nur die Bedeutung haben, daß das für sie angenommene Alter zur Eheschließung erforderlich ist. Daß aber eine solch besondere Ehemündigkeit vom Entwurf beliebt ist, ergeben die Absätze 2 und 4. Danach enthält der erste Absatz des Paragraphen nichts, was sich aus diesen beiden Absätzen nicht bereits ergäbe. Seine Tilgung würde keine — auch nicht einmal eine formale — Lücke im Entwurf entstehen lassen; er kann ohne weiteres gestrichen werden. Die Ehegatten sind unter einander — diese beiden Worte sind reizend — zur ehelichen Lebensgemeinschaft berechtigt und verpflichtet[1]. So besagt § 1272. Dieser Satz soll sich um deswillen empfehlen, weil dadurch die über die rechtlichen Wirkungen der Ehe im einzelnen gegebenen Vorschriften ihre richtige Beleuchtung gewinnen und zum „rechtlichen" Ausdruck gebracht wird, daß wie im Obligationenrecht Treue und Glauben (§ 359), so im Eherechte das sittliche Wesen der Ehe — ist das ein Gegensatz gegen Treue und Glauben?!

[1] Hätte nicht „verpflichtet" allein auch schon genügt?

Digitized by Google

— die Grundlage bildet, von welcher bei der Auslegung des Gesetzes und bei der Beurteilung aller Rechtsverhältnisse der Ehegatten untereinander auszugehen ist. Allein es ist völlig unerfindlich, wie gerade die Statuierung der Pflicht zur Lebensgemeinschaft auf das sittliche Wesen der Ehe deuten soll. Es giebt Lebensgemeinschaften mancherlei Art, deren Grundlage alles andere, nur nicht die Sittlichkeit ist. Den Zweck, um dessentwillen die Bestimmung in den Entwurf aufgenommen worden, vermag sie danach nicht zu erfüllen. Ist dies aber der Fall, so ist sie schlechthin überflüssig; denn im übrigen stellt sich auch dieser Satz lediglich als eine Abstraktion und zwar aus den Vorschriften über die Herstellung des ehelichen Lebens, über die Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft dar und ist für die praktische Rechtsanwendung überflüssig.

Der § 1327 enthält einen Katalog der Gründe, aus denen die eheliche Nutznießung und Verwaltung endet. In erster Linie rangiert da die Auflösung der Ehe. Wer hätte wohl ohnedies die eheliche Nutznießung, die eheliche Verwaltung darüber hinaus fortbestehen lassen? Das Gegenteil folgt doch wohl mit zwingender Kraft aus dem Wesen und Zweck des Instituts. Daß insbesondere keine sogenannte Gütergemeinschaft von Todes wegen bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten stattfindet, wie in einigen Rechtsgebieten der Fall ist, würde sich schon aus dem Schweigen des Entwurfes darüber ergeben. Als vierter Grund wird ein die Beendigung der Nutznießung und Verwaltung bestimmender Ehevertrag genannt, — eine bloße Folgerung aus dem die Vertragsfreiheit auf dem Gebiet des ehelichen Güterrechts statuierenden § 1333. Der § 1342 konstatiert, daß durch die allgemeine Gütergemeinschaft das Vermögen der beiden Eheleute — sowohl das zur Zeit des Eintritts der Gemeinschaft vorhandene, wie das später erworbene — zu einem beiden Eheleuten gemeinschaftlich gehörenden Vermögen vereinigt wird. Allein dieser allgemeine Satz spottet der Rechtsanwendung, solange nicht die Bedingungen des Gemeinschaftlichwerdens und die Qualitäten des Gemeinschaftlichseins feststehen. Mit der

Digitized by Google

Feststellung dieser aber ist dann wiederum jener Satz jeglicher sachlichen Bedeutung entkleidet, insofern er sich dann nur als Abstraktion aus den jene Bedingungen und Qualitäten normierenden Vorschriften darstellt, nämlich der §§ 1344/1345, 1373, 1376/1378, 1382 Absatz 1. Er bildet lediglich ein Dekorationsstück, dienlich zur gefälligeren Einleitung der betreffenden Materie[1].

Daß die Ehefrau im Fall eines Auftrages oder einer Bevollmächtigung seitens des Ehemannes berechtigt ist Geschäfte vorzunehmen und Prozesse zu führen, die sich auf das Gesamtgut beziehen, ergeben die allgemeinen Grundsätze. Wenn § 1358 nun die Befugnis der Ehefrau zu solcher Geschäfts- und Prozeßführung unter gewissen besonders gestalteten Umständen besonders statuiert, so versteht es sich, daß sie alsdann diese Befugnis haben soll, „ohne eines Auftrages oder einer Vollmacht zu bedürfen" oder, wie es sonst heißt, „kraft des Gesetzes".

Wenn die Gütergemeinschaft durch Ehevertrag aufgelöst ist und derselbe nicht zugleich über den Eintritt eines anderen Güterstandes Bestimmungen trifft, so tritt derjenige Güterstand ein, den das Gesetz mangels anderweiter Vereinbarung eintreten läßt, der sogenannte gesetzliche Güterstand (§ 1283, 1333). Dies spricht § 1381 in seinem ersten Absatz ausdrücklich aus. Die Gründe, aus denen die Motive IV 418 solches für erforderlich erachtet, beruhen auf einer Verkennung des Wesens der auf den Eintritt des gesetzlichen Güterstandes bezüglichen Normen: dieselben sind nicht interpretativer, sondern dispositiver Natur.

In § 1382 Absatz 1 haben wir wiederum einen jener Paragraphen vor uns, welche ihre Entstehung ästhetischen Anwandlungen des Entwurfes verdanken, eine gefällige Einleitung zu dem folgenden abgeben sollen. Freilich soll sich seine Aufnahme auch

[1] Der analoge § 1397 Absatz 1 rechtfertigt sich auch sachlich durch die Rücksicht auf den sonst notwendig erwachsenden Zweifel, ob bloß das zur Zeit des Todes eines Ehegatten vorhandene Gesamtgut oder auch das dem überlebenden Ehegatten als gütergemeinschaftlichem Erben zufallende Propregut des Verstorbenen zum Gesamtgut der fortgesetzten Gütergemeinschaft werde.

Digitized by Google

aus zwei sachlichen Gründen empfehlen. Einmal um die in einzelnen Rechtsgebieten sich findende Gestaltung des Verhältnisses abzulehnen, welche im Fall des Todes eines Ehegatten das Gesamtgut in seine ursprünglichen Bestandteile zerfallen, beziehungsweise bei unbeerbter Ehe für die Vergangenheit entweder Verwaltungs- oder Errungenschaftsgemeinschaft eintreten läßt. Ferner aber soll mit dieser Bestimmung in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise dem Konsolidations- und Accrescenzprinzip entgegengetreten werden. Allein beides geht mit hinreichender Deutlichkeit bereits aus den §§ 1375 ff., 1384 ff. hervor. Damit ergiebt sich aber zugleich auch die Überflüssigkeit des § 1409; derselbe statuiert besonders, daß bei der communio prorogata der Ehegatte nicht berechtigt ist zu Verfügungen von Todes wegen über Rechte, welche den Descendenten an der Samtmasse zustehen. Denn wenn einzelne Rechte dem überlebenden Ehegatten die Befugnis gewähren, letztwillig die Succession der unabgefundenen Kinder zu regeln, so ist das eben der letzte Ausläufer des Konsolidationsprinzips und damit durch die letzteres ablehnenden Bestimmungen des Entwurfes ohne weiteres mit beseitigt. Die Rechte der Descendenz am Samtgute sind nicht Erbrechte gegenüber dem überlebenden Ehegatten, sondern Ersatzrechte für das ihnen genommene Erbrecht gegenüber dem verstorbenen Ehegatten, über welche dem überlebenden Ehegatten schon nach allgemeinen Grundsätzen eine Verfügungsgewalt nicht zusteht. Der § 1409 dient danach nur der nochmaligen Ablehnung des Konsolidationsprinzips in einer seiner Konsequenzen.

Schon aus § 1411 ergiebt sich, daß das beim Eintritt der Errungenschaftsgemeinschaft vorhandene Vermögen der Ehegatten Sondergut wird. Die folgenden Paragraphen enthalten nun aber einen Katalog derjenigen Gegenstände, welche Sondergut werden. Würde darin die Angabe jenes Vermögens fehlen, so würde dem Katalog mit Fug und Recht der Vorwurf der Unvollständigkeit (Motive IV 495) gemacht werden können. Das wäre unerträglich für die Reputation des Entwurfes. Flugs

Digitized by Google

wird, was eben der § 1411 besagt, noch einmal ausdrücklich in § 1412 normiert. Nur um der katalogmäßigen Vollständigkeit willen ist auch der § 1413 — vgl. auch §§ 1286, 1346 — aufgenommen worden, dessen Inhalt sonst mit dem im § 1333 anerkannten Prinzip der Vertragsfreiheit auf unserem Gebiet bereits gegeben ist.

Aus dem Wesen der Scheidung (§ 1440) im Gegensatz zu dem der Anfechtung einer Ehe (§ 1260) ergiebt sich, daß die Ehe bis zur Rechtskraft des die Scheidung aussprechenden Urteils als vollwirksam besteht, und daraus wieder, daß mit der Scheidung nicht alle durch die Ehe einmal begründeten Wirkungen fortfallen, was bezüglich der Wirkungen des Schwägerschaftsverhältnisses noch besonders in § 33 ausgesprochen ist. Der § 1452 will dies nochmals in dem Satz zum Ausdruck bringen: „Die Auflösung der Ehe tritt mit der Rechtskraft des die Scheidung bestimmenden Urteiles ein." Daß derselbe insbesondere die Fortdauer der bezeichneten Wirkungen mit genügender Deutlichkeit zum Ausdruck bringt, wie die Motive IV 610 vermeinen, dürfte billig ebenso zu bezweifeln sein wie, ob der auf die konstitutive Natur des Urteils hindeutende Ausdruck „das die Scheidung bestimmende Urteil" ein besonders entsprechender ist. Die Aufnahme des § 1452 ist um so auffälliger, als sich beim Trennungsurteil (§ 1459 ff.) eine entsprechende Bestimmung nicht findet. Zur Rechtfertigung dessen sagen die Motive IV 632 in einer aber auch hier vollständig zutreffenden Weise: „In Ermangelung einer entgegenstehenden Bestimmung ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen, daß das Recht zum Getrenntleben erst mit der Rechtskraft des Trennungsurteils beginnt."

Der § 1459 erachtet es für erforderlich zu bestimmen, daß unter der Trennung vom Tisch die Aufhebung der Verpflichtung zur häuslichen Gemeinschaft und unter der Trennung vom Bett die Aufhebung der Verpflichtung zur Leistung der ehelichen Pflicht zu verstehen sei. Was würde man sonst wohl unter jenen Ausdrücken verstanden haben? Die Motive IV 632 machen

Digitized by Google

überhaupt nur den — freilich nicht besonders glücklichen — Versuch die Bestimmung dessen, was unter der Trennung vom Bett zu verstehen sei, zu rechtfertigen; hingegen schweigen sie über den Grund, der den Entwurf zur ersteren Angabe bestimmt hat, sich völlig aus. In der That sind es reine Worterklärungen, in denen das sinnfällige „Tisch und Bett" durch die abstrakteren Wendungen ersetzt wird. Die Aufnahme der in Rede stehenden Bestimmung bildet aber weiter auch noch den Grund zu einer Geschmacklosigkeit. Um in Übereinstimmung mit derselben zu bleiben, statuiert der § 1462 die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen, welche nicht nur die Verpflichtung zur häuslichen Gemeinschaft, sondern auch zur Leistung der ehelichen Pflicht einstweilen aufheben können. Würde bloß die Suspension der ersteren Verpflichtung erwähnt, so würde sich von selbst verstehen, daß damit auch die letztere suspendiert sein soll. Infolge der ausdrücklichen Aufnahme dessen im Gesetz aber muß nunmehr jede bezügliche Verfügung, will sie dem Vorwurf einer — wegen der Möglichkeit, die unberechtigte Verweigerung der ehelichen Pflicht als einen Scheidungsgrund zu verwenden (§ 1444), — höchst gefährlichen Unvollständigkeit entgehen, ausdrücklich aussprechen, daß einstweilen die Verpflichtung der Ehegatten zur häuslichen Gemeinschaft und zur Leistung der ehelichen Pflicht aufgehoben sei. Damit hätten wir glücklich die Leistung der ehelichen Pflicht als Gegenstand gerichtlicher Verfügungen. Wunderbar ist nur, daß der sonst so vorsichtige Entwurf es nicht für nötig erachtet hat zu bestimmen, daß der Richter nur zur einstweiligen Aufhebung, nicht aber zu beliebiger Beschränkung jener Verpflichtung berechtigt sei!

Ein eheliches Kind ist dasjenige, welches die Ehefrau während der Ehe von dem Ehemanne empfangen hat (§ 1466). Auch das ist kaum mehr wie eine Worterklärung, die jedem Lehrbuch Ehre machen würde, aber doch wahrlich nicht in ein Gesetzbuch gehört.

In § 1498 findet sich der „Rechtssatz", nach welchem

Digitized by Google

das eheliche Kind seinen Eltern kindlichen Gehorsam[1] schuldig ist. Derselbe übertrumpft noch die berühmten „Rechtssätze" des Preußischen Landrechts, wie: Eine gesunde Mutter ist ihr Kind selbst zu säugen verpflichtet und zwar während der vom Vater bestimmten Zeit (§§ 67, 68 II 2). Man denke sich die Vollstreckung des das Kind zum kindlichen Gehorsam, die Mutter zum Säugen ihres Kindes verurteilenden Erkenntnisses. Die Sitte ist aber besser als das Gesetz. Eine Klage aus solchem „Rechtssatz" ist wohl noch nie da gewesen und wird nie vorkommen. Die Motive IV 714 scheinen freilich entgegengesetzter Meinung zu sein, wenn sie auch nicht verkennen, „daß das gewöhnliche Prozeßverfahren zur Erzwingung des Anspruches auf Gehorsam weniger geeignet sei"! Eine Entschädigungsklage wegen Nichtleistung des kindlichen Gehorsams ist nach Analogie von § 221 wohl sowieso ausgeschlossen. Die Statuierung der Pflicht zur Ehrerbietung als einer rein sittlichen Pflicht hat der Entwurf selbst abgelehnt, hingegen die Normierung der Pflicht zum Gehorsam als einer Rechtspflicht für angebracht gehalten. Sofern dies soviel bedeuten soll, als ob diese Pflicht nur kraft positiver Satzung besteht, ist dies offenbar unrichtig, zuvörderst bezüglich der Gehorsamspflicht der unter der elterlichen Erziehungsgewalt stehenden Kinder, welche vielmehr nichts als das Korrelat derselben nach der passiven Seite ist, also mit jener und wie jene durch die Natur des Verhältnisses bereits gegeben ist. Aber auch bezüglich der Kinder, welche ohnedies von ihren Eltern in ihrem Hausstande unterhalten werden, kann ihre Natur als bloße Rechtspflicht nicht anerkannt werden. Eine derartige Zugehörigkeit zum Hausstande erscheint als eine fortgesetzte familienrecht-

[1] Charakteristisch für die Ängstlichkeit, mit der man jedes Mißverständnis auszuschließen versuchte, sind die Gründe, welche nach den Motiven IV 714 für die Bezeichnung des dem Kinde obliegenden Gehorsams als „kindlicher Gehorsam" maßgebend waren. Sicher hätte sich bei Weglassung des Wortes „kindlich" jemand gefunden, der das Kind zum Sklaven-, zum Kadavergehorsam für verpflichtet erachtet hätte (z. B. zum Abstimmen bei einer Wahl nach dem Befehl des Vaters).

Digitized by Google

liche Abhängigkeit des der Erziehungsgewalt entwachsenen Kindes. Diese Abhängigkeit in Verbindung mit dem natürlichen Verhältnis der Eltern und Kinder ergiebt die Gehorsamspflicht des Kindes als sittliche Pflicht, auch abgesehen von jeder positiven Satzung. Soll ihre Charakterisierung als Rechtspflicht aber soviel bedeuten, wie daß es sich um eine mit rechtlichen Wirkungen begabte Pflicht handele, so ist das zwar richtig, aber die Statuierung dieser Pflicht im Gesetz, als bereits außerhalb der Rechtsordnung und ohne diese gegeben, verfehlt; vielmehr durfte nicht jene Pflicht selbst, sondern es mußten die wichtigsten Konsequenzen, mit denen jene sittliche Pflicht in das Rechtsgebiet hineinragt, normiert werden (vergl. §§ 1491, 1499).

Bei Verhinderung des Gewalthabers hat das Vormundschaftsgericht das Interesse des Kindes zu wahren. Dies besagt der § 1544. Die Motive erkennen selbst an, daß derselbe lediglich eine durchaus entbehrliche Abstraktion aus den §§ 1683, 1738 Absatz 1 Satz 1, 1743 enthalte. Allein sie erachten ihn für ratsam, einmal im Interesse der Deutlichkeit des Gesetzes — was wäre wohl sonst undeutlich geblieben? — und als „eine angemessene Einleitung des mit § 1544 beginnenden Unterabschnittes", also wieder als bloßes Dekorationsstück um der schöneren Abrundung der Materie willen, wie es uns bereits mannigfach begegnet ist!

Nach § 1625 scheidet der Adoptierte aus seiner natürlichen Familie aus; nach § 1596 Absatz 2 gilt dasselbe von dem Legitimierten. Auch diese beiden Bestimmungen sind bloße Abstraktionen aus den sonstigen Vorschriften des Entwurfes — vgl. z. B. §§ 1626, 1635 Absatz 2, 1729 Absatz 2, 1298 Absatz 1, 1597, 1598, 1966, 1968, 1975 —. Die ausdrückliche Hervorhebung des in § 1625 niedergelegten Grundsatzes ist wegen seiner großen praktischen Bedeutung und im Interesse der Durchsichtigkeit für ratsam erachtet worden (Motive IV 989), die völlig gleich gelagerte Bestimmung in § 1596 Absatz 2 hingegen wird viel zutreffender mit dem Satz begründet: „ihre Aufnahme ist . . . im Interesse

Digitized by Google

der Vollständigkeit des Gesetzes — d. h. einer lehrbuchartigen Vollständigkeit — als angemessen erachtet" (ebenda S. 948).

Der erste Abschnitt des fünften Buches enthält eine Reihe von Begriffsbestimmungen. Zunächst der § 1749. Derselbe bestimmt den Begriff des Erbfalles, der Erbschaft, des Erben. Außer der allgemeinen Wendung, daß es sich um Grundbegriffe handele, mit welchen der Entwurf zu rechnen hat (Motive V 1), findet sich kein Wort über die Notwendigkeit oder auch nur Rätlichkeit solcher in das Gebiet wissenschaftlicher Forschung übergreifenden Bestimmungen. Der zweite Absatz des Paragraphen hingegen, „welcher zugleich den Begriff „„Erbfolge"" erläutert", soll sich um deswillen als zweckmäßig empfehlen, weil dadurch klar gestellt wird, daß in jeden Nachlaß, unabhängig von dem Willen des Erblassers, Universalsuccession stattfindet. Diese Vorschrift soll nun die praktische Bedeutung haben, festzustellen, daß eine lediglich den Eintritt der Erbfolge verbietende Disposition wirkungslos ist — allein dies ergiebt sich nach dem System des Entwurfes schon daraus, daß der mögliche Inhalt der Verfügungen von Todes wegen in den folgenden Paragraphen aufgeführt ist, ohne daß sich eine Verfügung dieses Inhalts darunter befindet (vergl. z. B. §§ 1755 1759, 1889, 2152, 2153) —, und die fernere Bedeutung, auszusprechen, daß bei Verfügung über einzelne Stücke die gesetzliche Erbfolge eintritt — allein auch dies ergiebt sich bereits zur Genüge aus den §§ 1751 Absatz 2, 1790. Der § 1750 bestimmt in seinem ersten Absatz, daß die Erbschaft auf mehrere Erben nach Bruchteilen übergehe. Dies folgt ebenfalls mit aller nur wünschenswerten Deutlichkeit aus den sonstigen bezüglichen Bestimmungen (z. B. §§ 1792, 1795, 1797). Der zweite Absatz glaubt einer besonderen Garantie dafür nicht entraten zu dürfen, daß die Rechtsanwendung, was der Entwurf von der Erbschaft bestimmt, auch auf den Erbteil zur Anwendung bringe! Dies soll den Vorteil sonst vermeintlich nicht vermeidbarer wiederholter Hervorhebung des Erbteils neben der Erbschaft bei den Specialbestimmungen gewähren. Allein dieser Vorteil ist nicht einmal voll ausgenutzt. In den §§ 1857, 1858

Digitized by Google

findet sich gesprochen von dem Vermächtnis der Erbschaft oder des Bruchteiles einer solchen. Die abstrakte Möglichkeit, durch Verfügung von Todes wegen den Erben zu bestimmen, wird in § 1751 Absatz 1 statuiert. Nun kennt der Entwurf zwei Arten solcher Verfügungen: die letztwilligen und die vertragsmäßigen. Bezüglich ersterer sagt § 1755 Absatz 1:

> Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung den Erben bestimmen

und von letzteren der § 1940:

> Eine Erbeinsetzung kann auch durch einen von dem Erblasser zu schließenden Vertrag erfolgen.

Es ist danach für die Rechtsanwendung eine praktische Bedeutung der Vorschrift des § 1751 gar nicht abzusehen. Der Absatz 2 enthält die Regelung des Verhältnisses der Delationsgründe zueinander: der gesetzliche Erbe kommt erst in Frage, wenn der Erblasser nicht einen Erben wirksam ernannt hat. Allein auch dies stellt sich lediglich als eine Abstraktion aus einer Anzahl anderer Normen dar, welche die Reihenfolge der Delationsgründe klar erkennen lassen (vergl. z. B. §§ 1789/1792, 1808).

Der § 1762 enthält den Satz: „Erbe kann nicht werden, wer nicht den Erblasser überlebt hat." Durch diese Vorschrift soll dem Zweifel entrückt werden, daß das dem Erben, der den Erblasser nicht überlebt, Zugewandte nicht auf dessen Erben übergeht. Dies besagt aber der Satz nicht: was er besagt, ist eine einfache Plattheit. Unterstellen wir aber, er besagte das, was er besagen soll. Da für die gesetz- und die vertragsmäßige Erbfolge besondere Bestimmung getroffen ist (§§ 1954, 1964), so hat der Satz lediglich Bedeutung für die testamentarische Erbfolge; er gehört also keinesfalls unter die allgemeinen Vorschriften, sondern unter den Titel „Erbeinsetzung". Allein der Paragraph ist überhaupt überflüssig. Zwar nicht deswegen, weil, wie für eine gleichartige Bestimmung die Motive ausführen, das Recht, Erbe zu werden, „begrifflich" ein höchstpersönliches Recht wäre. Es ist unverständlich, wie die Motive dies in dem-

Digitized by Google

selben Zusammenhang behaupten können, wo sie anerkennen, daß die Gesetzgebung zum Teil auf einem anderen Standpunkt steht. Ja schon das römische Recht konnte die Motive belehren, daß es mit der begrifflich höchstpersönlichen Natur des Rechtes aus der Delation, so oft sie auch in der Theorie behauptet wurde und wird, nichts Rechtes sei. Man denke bloß an die sogenannte transmissio Justinianea (c. 19 C. de iure delib. 6, 30). Wohl aber ist der in Rede stehende Satz deswegen überflüssig, weil seine Geltung für die testamentarische Erbfolge bereits anderweit genügend deutlich erhellt z. B. aus § 1810.

Danach ist der ganze erste Abschnitt des Buches mit seinen lehrhaften Sätzen vollständig überflüssig. Auch der zweite Abschnitt beginnt gleich mit einem Lehrsatz, der die Zulässigkeit der Bestimmung über das Vermögen durch einseitige Verfügung von Todes wegen (§ 1753 Absatz 1) konstatiert. Diese Zulässigkeit folgt in durchaus zweifelloser Weise aus den §§ 1754/1757. Freilich sind unter diesen die ersten Absätze der §§ 1755 und 1756 auch nur Abstraktionen aus den Bestimmungen des vierten Titels (z. B. §§ 1788, 1842, 1872), welche die in jenen besonders statuierte Möglichkeit der Ernennung von Erben und der Anordnung von Vermächtnissen ohne weiteres ergeben. Nur sind diese Abstraktionen nach dem vom Entwurf beliebten System, den möglichen Inhalt letztwilliger Verfügungen erschöpfend anzugeben, nicht gut zu entbehren, sowenig wie die Definitionen auf sachenrechtlichem Gebiet, die demselben Zweck dienen.

Juristische Personen sind nach § 41 solche Vereine und Stiftungen, welche die Fähigkeit haben, Subjekte von Vermögensrechten und Vermögenspflichten zu sein. Die für die natürlichen Personen bestehenden vermögensrechtlichen Vorschriften gelten danach auch für die juristischen Personen. Nur diejenigen Vorschriften, welche einen natürlichen Träger von Rechten voraussetzen, sind unanwendbar oder doch nur modifiziert anwendbar. Damit ist aber ihre Fähigkeit, zu Erben eingesetzt und mit Vermächtnissen bedacht zu werden, gegeben (§ 1759). Für die Stif-

Digitized by Google

tungen ergiebt sich ihre Fähigkeit hierzu überdies noch aus § 2154 Absatz 2.

Bezüglich des § 1760, welcher die allgemeine Zulässigkeit von Bedingungen und Zeitbestimmungen bei letztwilligen Verfügungen aufstellt, ist in der Kommission selbst die Ansicht geltend gemacht worden, daß es besser sei, diese Vorschrift zu unterdrücken und zwar, wie es scheint, wegen der Gefahr, durch deren Aufnahme die Stellung des Entwurfes zur Frage der Zulässigkeit von Bedingungen und Zeitbestimmungen in den vier ersten Büchern zu verdunkeln. Der Entwurf ist nämlich dort von der Auffassung ausgegangen, daß jedem Geschäft conditio und dies beigefügt werden können, sofern dessen Natur nicht entgegensteht oder das Gesetz nichts anderes bestimmt. Der Grund, aus dem trotz dieses gewichtigen Bedenkens der § 1760 Aufnahme gefunden hat, ist die Absicht, die in der Bestimmung liegende „nicht unwichtige Neuerung hervorzuheben". Allein eine Neuerung enthält sie nur gegenüber dem gemeinen Recht, hingegen stimmt sie überein mit den modernen Rechten (Preußisches Landrecht §§ 61, 259 I 12; Sächsisches Gesetzbuch §§ 2122, 2133, 2149, Österreichisches Gesetzbuch §§ 695 ff., 704 ff.). Und der Gefahr der Verdunkelung steht kein Vorteil gegenüber, da ihr Inhalt auch ohne besondere Statuierung bereits aus anderen Bestimmungen zu entnehmen ist (z. B. §§ 1761/1765).

Der § 1845 enthält in seinem ersten Absatz die Statuierung der Zulässigkeit von Prälegaten, die sich ohnedies schon aus den beiden folgenden Absätzen ergiebt.

Der § 2000 ist einer jener zahlreichen Ein- und Überleitungssätze zu der im folgenden behandelten Materie, wie sie der Entwurf liebt: sein sachlicher Gehalt bietet gegenüber den folgenden Bestimmungen nichts Neues. Daß insbesondere das Vorliegen eines gesetzlichen Grundes zur Pflichtteilsentziehung nicht ipso iure von der Hinterlassungspflicht befreit, sondern nur die Voraussetzung für eine diese Freiheit schaffende Anordnung des Erblassers bildet, wird durch die §§ 2008 ff. hinreichend dargethan.

Digitized by Google

Damit sei es genug. Das herbeigeschaffte Material ist zwar bei weitem nicht erschöpfend und konnte dies nach Lage der Sache nicht sein, allein dasselbe dürfte ein hinreichend klares Bild davon geben, wie wenig sicher der Entwurf die Grenze zwischen der Aufgabe der Gesetzgebung und der Wissenschaft erfaßt hat und sich gegenwärtig hielt. Wir haben dies in dem folgenden Kapitel noch nach einer anderen Richtung zu erhärten. Bisher haben wir überwiegend die Neigung des Entwurfes, auch die seinen Bestimmungen zu Grunde liegenden Obersätze zum Ausdruck zu bringen, verfolgt; eine nicht minder reiche Ausbeute wird uns aber die fernere Untersuchung bieten, in welchem Umfang der Entwurf den Ausspruch lehrhafter Specialisierungen der von ihm geschaffenen praktikablen Normen beliebt. Der Entwurf wimmelt von derartigen Subsumtionen. Sehen wir uns von diesem Gesichtspunkt aus den Entwurf ein wenig genauer an.

Digitized by Google

Drittes Kapitel.

Lehrhafte Folgesätze.

Semper specialia generalibus insunt
(l. 147 D. de reg. iur. 50, 17).

Die öfter charakterisierte Überängstlichkeit des Entwurfes, hervorgegangen aus dem mangelnden Vertrauen zu den zur Rechtsanwendung berufenen Organen, hat dazu geführt, eine große Reihe von Folgerungen höchst einfacher und darum schwer zu verfehlender Art im Gesetz zum Ausdruck zu bringen. Dem dadurch erreichten Vorteil einer erhöhten Sicherheit gegen Fehlschlüsse stehen gewisse unvergleichlich bedeutungsvollere Nachteile gegenüber, einmal für das Gesetz selbst, zum andern aber für die Wissenschaft. Für jenes: Durch die Aufnahme solch specialisierender Bestimmungen wird die Durchsichtigkeit und Übersichtlichkeit des Gesetzes aufs schwerste gestört; für diese: es wird ihr die Freiheit der Forschung verkümmert; für beide: es liegt die Gefahr nahe, das, was als Konsequenz und als solche überflüssig statuiert ist, um dasselbe seiner Überflüssigkeit zu entkleiden, als eine Besonderheit, eine Ausnahme gegenüber dem die Materie beherrschenden Grundsatz anzusehen und damit die ganze Stellung des Entwurfes in der betreffenden Materie zu verkennen. Jede überflüssige Norm ist daher zugleich eine schadenstiftende und jede Eliminierung einer solchen eine Förderung der gesunden Entwickelung der Jurisprudenz wie der Jurisdiktion. Schon von diesem Standpunkt aus dürfte der Nachweis der-

Digitized by Google

jenigen Vorschriften, welche als lehrhafte Folgesätze aus den sonstigen Normen erscheinen, seinen praktischen Wert haben.

Nach § 74 Absatz 1 ist zur Wirksamkeit einer Willenserklärung unter Abwesenden erforderlich, daß dieselbe dem Adressaten zukommt. Der Erklärende ist durch nichts behindert, diejenigen Schritte, die er zur Herbeiführung der Wirksamkeit bereits gethan, bis dieselbe eingetreten ist, rückgängig zu machen. Insbesondere kann er den Eintritt durch Widerruf verhindern, sofern derselbe spätestens gleichzeitig mit der ersten Erklärung dem Adressaten zukommt. Dies ist eine einfache Folgerung aus der angegebenen Bestimmung. Die Vorschrift des zweiten Absatzes soll dieselbe wegen ihrer besonderen Wichtigkeit ausdrücklich wiedergeben, thut dies aber in einer höchst wunderlichen Fassung: Die Willenserklärung gelte als nicht erfolgt, wenn vorher oder gleichzeitig eine auf die Verhinderung ihres Wirksamwerdens gerichtete Erklärung wirksam geworden. Danach wären an sich bei gleichzeitigem Eintreffen der rechtsbegründenden und der rechtshindernden Erklärung beide wirksam geworden. Entstehen und Vergehen in demselben Moment, *ein Geschehen außerhalb der Zeit!* Der § 130 enthält nichts als die Normierung einer Konsequenz aus der obligatorischen Vertragsfreiheit, nämlich daß die Parteien eines bedingten Rechtsgeschäftes die sogenannte obligatorische Rückziehung vereinbaren können.

Nach dem ersten Absatz des § 162 wird die Verjährung durch jedes Hindernis gehemmt, welches vermöge der Beschaffenheit des Anspruches die Rechtsverfolgung nicht gestattet. Daraus ergiebt sich, daß insbesondere die Verjährung des Anspruches auf Rückgabe der Pfandsache solange gehemmt ist, als das Pfandrecht besteht. Zu welch abwegigen Schlüssen muß die Statuierung dieser nicht zu verfehlenden Konsequenz führen, zumal sie nicht mit einem „insbesondere“ oder in ähnlicher ihre Bedeutung klarstellenden Weise dem § 162 Absatz 1 angeschlossen[1],

[1] So hat es z. B. § 185 mit der in Satz 2 ausgesprochenen Konsequenz gemacht, deren Ausspruchs es aber auch aus praktischen Gründen nicht bedurfte.

Digitized by Google

sondern in einem besonderen, von jener Bestimmung durch zwei Absätze, welche von Fällen nicht gehemmter Verjährung handeln, getrennten § 163 statuiert ist. Muß das nicht geradezu zu der Annahme verführen, daß es sich auch hier eigentlich um einen Fall nicht gehemmter Verjährung handele, in dem aber ausnahmsweise doch eine Hemmung vom Gesetzgeber anerkannt ist? Und wird nicht dadurch ferner für den in § 162 Absatz 1 ausgesprochenen Grundsatz die Gefahr mißverständlicher Auffassung direkt heraufbeschworen?

Die feine theoretische, genauer „begrifflich-formale" Erwägung, aus welcher der § 205 notwendig geworden sein soll (Motive I 392), wird wohl niemanden von der praktischen Notwendigkeit dieser Vorschrift überzeugen. Es ist ein böses Stück „Begriffsjurisprudenz", welche uns die Motive da bieten. Danach ist der Kautionsberechtigte „begrifflich" berechtigt, neue Sicherheitsleistung zu fordern, soweit die alte Sicherheit durch sein Verschulden unzureichend geworden, und es bedarf einer ausdrücklichen gesetzlichen Norm, wie sie der Entwurf in § 205 aufgestellt hat, um dieses Recht auf Erneuerung der Sicherheit auf den Fall zu beschränken, daß die alte Sicherheit ohne Vorschulden des kautionsberechtigten untergegangen oder gemindert ist.

Der § 240 Absatz 1 bestimmt, daß bei Eintritt der Unmöglichkeit einer obligatorischen Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes derselbe schadenersatzpflichtig ist. Zwei Gründe sind abzusehen, aus denen diese Norm ratsam erschien. Einmal: Es soll damit abgelehnt werden der Satz des schweizerischen Rechts (schweiz. Bd.-Ges. Art. 112), daß bei Obligationen auf Unterlassen schon die bloße Zuwiderhandlung ersatzpflichtig macht; es setze vielmehr auch bei derartigen Obligationen die Ersatzpflicht einen zu vertretenden Umstand voraus (Motive II 49). Allein würde die bloße Zuwiderhandlung in solchen Fällen ersatzpflichtig machen, so würde die Zuwiderhandlung für sich eben auch ein zu vertretender Umstand sein! Nicht aus § 240 ergiebt sich also jene Abweichung vom schweizerischen Recht, sondern aus § 224, nach welchem der

Digitized by Google

Schuldner nur für *schuldhafte* Nichterfüllung haftet. Ferner soll unser Satz die sofortige Verwandlung der Verbindlichkeit, etwas zu thun, in eine solche auf Schadenersatz bei Verzug des Schuldners, wie sie nach code civil Art. 1142 und dem schweizerischen Bundesgesetz Art. 111 eintritt, ablehnen. Allein auch wenn das nicht ausdrücklich geschähe und jemand deshalb auf den Gedanken käme, daß diese Verwandlung stattfinde, so käme doch bezüglich der Frage, *wie* Schadenersatz zu leisten sei, der § 219 zur Anwendung. Dort ist aber bestimmt, daß der Schadenersatz zuvörderst durch Herstellung desjenigen Zustandes zu leisten sei, welche vorhanden sein würde, wenn der zum Schadenersatz verpflichtende Umstand, also hier die schuldhafte Nichterfüllung, nicht eingetreten wäre. *Daraus ergiebt sich, daß solange die Leistung noch möglich ist, zunächst diese vom Schuldner zu prästieren ist.* Ist aber die Leistung unmöglich geworden, so muß jene Verwandlung notwendig eintreten, sofern diese Unmöglichkeit auf „einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande" beruht; denn sonst wäre es wiederum ein von ihm nicht zu vertretender Umstand. Demnach enthält der § 240 Absatz 1 nichts, was sich nicht bereits aus §§ 224, 219 gewinnen ließe, und schließt zugleich die Gefahr in sich, letztere Bestimmungen in einem gänzlich falschen Licht erscheinen zu lassen. Zu allem Überfluß ist aber für den Fall des Verzuges der Inhalt des § 240 Absatz 1 sogar nochmals wiederholt (§ 247 Absatz 1)!

Die Erfüllungsübernahme verpflichtet den Übernehmer dafür zu sorgen, daß der Gläubiger den Schuldner nicht in Anspruch nehme. Er ist also nicht verpflichtet, die sofortige Befreiung des Schuldners zu bewirken, könnte ein Lehrbuch fortfahren, und der Entwurf thut ein Gleiches (§ 318 Absatz 1). Dasselbe gilt von der Ausführung im zweiten Absatz: „Der Käufer ist jedoch zur Verschaffung der Genehmigung des Gläubigers nicht verpflichtet."

Ist Verzug eine in gewisser Weise qualifizierte Nichtleistung, so kann der dadurch begründete Zustand auch nur solange dauern, bis der Schuldner das Versäumte nachholt. Sobald

Digitized by Google

dies geschieht, muß jener Zustand notwendig enden. Vorhandene Zustände können aber natürlich infolge eines eintretenden Endigungsgrundes nicht rückwärts hin, für die Vergangenheit, sondern nur für die Zukunft aufhören. Dies alles sprechen die §§ 253, 262 aus.

Aus §§ 206, 224 folgt, daß das Schuldverhältnis erlischt, wenn die demselben entsprechende Leistung bewirkt wird. Ebenso muß das Schuldverhältnis, da niemand sich selbst zu etwas rechtlich verpflichtet sein kann, notwendig erlöschen, wenn Gläubiger- und Schuldnereigenschaft sich in derselben Person vereinigen. Auch dies findet sich im Entwurf schön ausgeführt (§ 263, 291). Aber noch mehr. Derselbe belehrt uns auch über die Unerheblichkeit des Todes von Gläubiger und Schuldner für den Fortbestand der Obligation (§ 292). Wunderbar ist es nur, daß es sich der Entwurf entgehen ließ, hervorzuheben, daß der nachträgliche Eintritt der Geschäftsunfähigkeit u. ä. keine Wirkung auf den Bestand des Schuldverhältnisses äußere.

Nach § 290 Absatz 1 bedarf es zum Erlöschen der Obligation des vertragsmäßigen Verzichtes. Folglich ist natürlich der einseitige Verzicht unwirksam, wie in Absatz 5 noch besonders zu lesen steht.

Von lehrhaften Folgerungen wimmelt der Titel über Gesamtschuldverhältnisse. Dahin gehört der Absatz 1 des § 322, der die Möglichkeit statuiert, daß die mehreren Beteiligten unter verschiedenen Nebenbestimmungen berechtigt und verpflichtet sein können, ferner der § 324, der das Wahlrecht des Gläubigers statuiert, welche der mehreren Schuldner und zu welchen Teilen er sie in Anspruch nehmen will, alsdann die §§ 325, 326, 327, 333, 334 Absatz 1[1], 335, nach denen culpa, Verzug, Mahnung, Kündigung, Leistungsangebot, Urteil, Konfusion, subjektive Unmöglichkeit der Leistung, Verjährung nebst deren Unterbrechung und Hemmung nur für und gegen diejenigen Korrei wirken, bei denen sie vorliegen oder zwischen denen sie eingetreten sind. Der § 328 er-

[1] Der Absatz 2 ist eine bloße Folgerung aus § 325.

Digitized by Google

achtet es für erforderlich, zu bestimmen, daß die Cession seitens eines Korrealgläubigers die anderen nicht berührt. Da nach § 323 sogar das einem Korrealgläubiger gegebene Erfüllungsversprechen die übrigen Gläubiger unberührt läßt, so muß um so mehr die Cession für die Rechte der Mitgläubiger bedeutungslos sein. Die Erfüllung hingegen wirkt für und gegen alle Schuldner und Gläubiger. Dies ergiebt sich daraus, daß nach § 321 die Leistung nur einmal zu geschehen hat. Trotzdem spricht es § 329 nochmals aus, ebenso daß der Erfüllung die „Erfüllung durch öffentliche Hinterlegung", die Leistung an Erfüllungs Statt und die erfolgte Kompensation (§ 331) gleichsteht. Die Kompensationsbefugnis hingegen hat nur der Gläubiger der Gegenforderung: ex persona tertii compensatio fieri nequit (l. 18 § 1, l. 23 D. de compens. 16, 2). Diesen in § 281 enthaltenen Grundsatz statuiert für die Korrealobligation der § 330 noch besonders. Der § 332, der die obligationszerstörende oder bloß subjektiv befreiende Wirkung des Erlasses auf den Parteiwillen abstellt, bestimmt damit weder etwas, was sich nicht schon aus allgemeinen Grundsätzen ergäbe, noch schafft er damit einen praktikabeln Rechtssatz, da gerade in der fraglichen Richtung der Parteiwille regelmäßig im Stich läßt. Endlich sei noch ein Punkt als für den Entwurf charakteristisch hervorgehoben. Die Behandlung der Korrealobligation beginnt in § 322 mit der Bestimmung, daß der eine Korreus schlechthin, der andere bedingt berechtigt oder verpflichtet sein kann. Allein der Entwurf empfindet es als ratsam, zur Vermeidung des Mißverständnisses, als ob nur zwei Korrei da sein könnten, dem einen nicht stets den andern, sondern auch einmal die übrigen Korrei gegenüberzustellen (§ 327). Nun hat sich aber sein Gewissen einmal geregt und er muß zu seiner Beruhigung etwas Gründliches thun. Daher spricht § 325 noch genauer von dem einem oder einigen Korrei zur Last fallenden Verschulden und im Gegensatz dazu von den übrigen Korrei.

Jedes Rechtsgeschäft als ein Akt, welcher einen Rechtseffekt

Digitized by Google

bezweckt, muß eben deswegen in einer objektiv faßbaren Weise die gewollte Rechtswirkung, der obligatorische Vertrag insbesondere die Leistung, die seinen Inhalt bildet, erkennen lassen. Gleichgültig ist es jedoch, ob dieselbe im Vertrage unmittelbar bestimmt oder nach dem Vertragsinhalt nur mittelbar bestimmbar ist. Die Anerkennung dieses aus allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Satzes durch den Entwurf (§ 352) ist jedenfalls neben den Vorschriften in §§ 359, 73 nicht erforderlich[1]; auch folgt der Satz bereits in zweifelloser Weise aus den §§ 353, 357, in denen für einige besondere Fälle verfügt ist, wie die Bestimmung der im Vertrage *nicht unmittelbar bestimmten* Leistung zu erfolgen habe.

Äußerst verlockend zu falschen Schlüssen ist die Vorschrift des § 393. Nach §§ 383, 384 ist die Wahl des Erwerbers einer fehlerhaften Sache zwischen Minderung und Wandelung durch die Erklärung gegenüber dem anderen Teil unwiderruflich vollzogen. Das bedeutet selbstverständlich nur, daß wenn wegen eines Mangels die Wahl geschehen, der Wählende nicht eben wegen dieses Mangels einseitig auf die nicht gewählte Rechtszuständigkeit zurückgreifen kann. Hingegen ist dadurch natürlich nicht ausgeschlossen, daß wegen eines später entdeckten Mangels die auf Grund des ersten Mangels nicht gewählte Wandelung nunmehr geltend gemacht werden kann. Die Motive I 236 sagen über den dies besonders aussprechenden § 393 nur: „Der § 393 enthält einen eigentlich selbstverständlichen Vorbehalt." Das ist keine *Begründung* der Vorschrift, sondern eine — und zwar vernichtende — *Kritik* derselben.

Gilt das bei einem Vertrage als Arrha Gegebene als Zeichen der erfolgten Vertragsschließung, so geht daraus hervor, daß sie nicht die viel weiter gehende Funktion des Reugeldes hat noch auch als sogenannte arrha pacto imperfecto data zu behandeln ist. Sowenig die letztere Konsequenz des besonderen Ausspruchs

[1] Über den § 1847 — von den Motiven II 191 irrtümlich als § 1877 citiert — s. unten S. 164.

Digitized by Google

bedurfte, sowenig auch die erstere (§ 417 Absatz 2). Für die Konventionalstrafe ist dies auch von den Motiven II 278 ausdrücklich anerkannt.

Der § 423 enthält, soweit er das Verlangen der vorher noch nicht verwirkten Konventionalstrafe mit dem Erlöschen der Hauptverbindlichkeit ausschließt, eine lehrhafte Folgerung aus der in § 424 zu genügend deutlichem Ausdruck gekommenen accessorischen Natur der Konventionalstrafe und, soweit er das Verlangen derselben bei einer durch den Gläubiger verschuldeten Nichterfüllung ausschließt, eine Folgerung aus § 422.

Nachdem bereits der § 224 für alle Obligationen die Verpflichtung des Schuldners ausgesprochen hat, „die nach dem Schuldverhältnisse ihm obliegende Leistung vollständig zu bewirken", und nachdem dies für die Schuldverhältnisse aus Verträgen nochmals in anderer Fassung in § 359 hervorgehoben worden, erachtet es der § 462 für erforderlich, dies noch ein drittes Mal in kleinlich kasuistischer Weise für den Kaufvertrag im einzelnen auszuführen. Und doch soll auch wiederum diese Bestimmung nach den Motiven II 322 eine über den Kaufvertrag hinausgehende allgemeine Bedeutung haben. Man sieht, wie wenig prinzipgemäß dieser so sehr aufs prinzipielle angelegte Entwurf bisweilen doch vorgeht.

Der § 488 Absatz 1 bestimmt über die Pflichten der Parteien aus dem Erbschaftskauf, und die §§ 488 Absatz 3, 489, 495 Satz 1, 499 enthalten nichts wie selbstverständliche Folgerungen aus dem darin ausgesprochenen Grundsatz. Einen Versuch, ihre Aufnahme zu rechtfertigen, machen die Motive nicht. Zwei Paragraphen sind der Feststellung gewidmet, daß die Vorschriften über den Erbschaftskauf analoge Anwendung finden auf andere Veräußerungsverträge über eine Erbschaft und auf alle Verträge, durch welche ein Bruchteil einer Erbschaft veräußert wird. Würde wohl jemand diese Anwendbarkeit in Zweifel ziehen, wenn die §§ 500, 501 sich nicht im Entwurf fänden? Es ist völlig unverständlich,

Digitized by Google

wie ein Gesetz, welches dies glaubt annehmen zu müssen, denselben Rechtsanwendungsorganen die Ermächtigung des § 1 zur Gesetzes- und Rechtsanalogie erteilen konnte; denn wo wären wohl Fälle denkbar, in denen die Berechtigung der analogen Anwendung zwingender, greifbarer vor Augen träte wie hier?

Der erste Absatz des § 569 erachtet es für erforderlich, hervorzuheben, daß der Übernehmer eines Werkes verpflichtet ist, dasselbe so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat (!) und daß es mit solchen Mängeln nicht behaftet sei, welche die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufheben oder mindern, sowie daß der Unternehmer einen solchen Fehler zu beseitigen verpflichtet ist — wiederum ein Stückchen Lehrbuch. All das ergiebt sich aber, wie aus allgemeinen Gesichtspunkten, auch noch zum Überfluß aus den §§ 224, 359, 219; insoweit sind daher die beiden ersten Sätze des Paragraphen überflüssig.

Aus der Natur des Mandates als eines sich auf ein fremdes Geschäft beziehenden Vertrages folgt die Pflicht des Beauftragten bei der Ausführung des Auftrages den Anweisungen des Auftraggebers gemäß zu verfahren. Denn es ist eben das Geschäft als fremdes auch im Sinn und Geiste desjenigen, dessen Interessensphäre es angehört, zu vollführen. Ist aber dies lediglich der Grund, warum der Beauftragte jenen Anweisungen zu gehorsamen hat, so ergiebt sich auch die Grenze dieser Pflicht: dieselbe liegt da, wo die von dem Auftraggeber unterstellte Sachlage nicht oder nicht mehr vorhanden ist und der Auftraggeber bei Kenntnis dieser anderweiten Sachlage selbst andere Anweisungen erteilt hätte. Allein so richtig das ist, so wenig gehört dies doch eben wegen seiner Selbstverständlichkeit als bloße Folgerung aus dem Wesen des Mandates in ein Gesetzbuch (§ 590 Satz 1). Dasselbe gilt von dem Hinterlegungsvertrag, der ebenfalls zu den in fremdem Interesse geschlossenen Geschäften gehört (§ 617 Satz 1). Es ist dasjenige Rechtsgeschäft, durch welches jemand für Sachen, an deren Bewahrung und Erhaltung ihm liegt, in gewisser Weise Vorsorge trifft. Ist es aber hier-

Digitized by Google

nach das Interesse des Hinterlegers, daß die Sachen in der Obhut des Depositars verbleiben, so entspricht es nur dieser Gestaltung des Verhältnisses, daß der Deponent sie jederzeit zurückfordern darf, ein Schluß aus dem Wesen des Depositum, dem der Entwurf in § 624 noch besonderen Ausdruck geben zu müssen glaubte.

Aus dem Begriff der Gesellschaft ergiebt sich die Pflicht eines jeden Gesellschafters, einen Beitrag für die Erreichung des Gesellschaftszweckes zu leisten. Als Beitrag erscheint alles, was geeignet ist, ein denkbares Förderungsmittel für diesen Zweck abzugeben. Der Beitrag kann daher nicht nur in sachlichen, sondern auch in persönlichen Leistungen bestehen; die Beiträge der einzelnen Genossen können gleich und verschieden groß sein; sie haften selbstverständlich nur in dem Umfange, in dem sie sich gebunden haben. Ist daher der gesellschaftliche Zweck infolge veränderter Umstände nunmehr nur noch mit erheblich größeren Mitteln erreichbar, so entsteht daraus doch keine Verpflichtung der Gesellschafter zur Erhöhung des vereinbarten Beitrages. All diese lehrhaften Folgerungen führt fein säuberlich auf der § 630, von dem nur die Bestimmung „Im Zweifel sind gleiche Beiträge zu leisten" positiven Rechtens ist. Besonders schön ist es aber, wenn § 651 verfügt:

> „Die Gesellschaft wird mit dem Zeitpunkt aufgelöst, in welchem der vereinbarte Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden ist."

Aus dem Wesen der Bürgschaft folgt ihr accessorischer Charakter, ihre Abhängigkeit von einer Hauptschuld: Der Bürge haftet für die Hauptverbindlichkeit in deren jeweiligem Bestande und Umfange, z. B. für Erweiterungen derselben durch Verschulden des Hauptschuldners (§ 672 Absatz 1 und Absatz 2 Satz 1). Daraus folgt zweierlei. Einmal: Ist die Bürgschaftsschuld beschwerlicher übernommen als die Hauptverbindlichkeit, so reduziert sie sich ipso iure auf den Umfang dieser (§ 670); stehen letzterer Einwendungen entgegen, so kann sich auch der Bürge deren bedienen (§ 671 Absatz 1). Die Mühe, diese Schlüsse zu ziehen,

Digitized by Google

nimmt auch hier der Entwurf der Theorie und der Rechtspflege ab.

Steht ein Recht mehreren ungeteilt und gemeinschaftlich zu[1], so ist nach § 762 Gemeinschaft nach Bruchteilen anzunehmen. Jeder Teilhaber kann daher nur über seinen Bruchteil — dinglich — verfügen, über das Gemeinschaftsobjekt im ganzen nur alle zusammen; thatsächliche Verfügungen sind an den nur in der Vorstellung existierenden Bruchteilen unmöglich; sie ergreifen den Gegenstand der Gemeinschaft in seiner Realität und dürfen daher nur von allen Teilhabern gemeinschaftlich vorgenommen werden. Diese lehrhaften Konsequenzen aus dem Wesen der Bruchteilberechtigung führt der Entwurf in § 763 auf.

Am meisten vom Doktrinarismus angekränkelt ist aber der von Besitz und Inhabung handelnde Abschnitt. So enthält gleich der § 797 eine lehrbuchartige Aufzählung der Erfordernisse für den Besitzerwerb: die Erlangung der thatsächlichen Gewalt und der Wille, die Sache als die seinige zu haben. Dieselben ergeben sich aber als vom Entwurf gemeint bereits aus den §§ 802 ff. Nach § 798 Absatz 1 ist Besitz möglich, wo Eigentum. Da nun an wesentlichen Bestandteilen einer Sache kein abgesondertes Eigentum statthat, so ist an ihnen auch kein abgesonderter Besitz möglich. Diese Konsequenz aus jenem Grundsatz spricht der Entwurf völlig willkürlicher Weise besonders aus (§ 798 Absatz 2). Eine weitere Konsequenz desselben findet sich in § 799: wie Eigentum zu einer Quote zustehen kann, so auch Besitz. Die §§ 800, 801, 809 sprechen die Anwendbarkeit gewisser für Rechtsgeschäfte gegebener Normen, nämlich der Grundsätze über die Erwerbs- und Veräußerungsfähigkeit und über den Erwerb und die Veräußerung durch Stellvertreter, auf die Besitzerwerbhandlung und die Besitzaufgabe aus. Allein wie

[1] In § 946 ist die Möglichkeit statuiert, daß Eigentum mehreren Personen gemeinschaftlich zusteht. In den Motiven III 437 heißt es, daß der Ausdruck „gemeinschaftlich" hier denselben Sinn habe wie der Ausdruck „ungeteilt" in § 762. In letzterer Vorschrift aber ist die Rede davon, daß ein Recht mehreren ungeteilt und gemeinschaftlich (das ist wiederum: ungeteilt) zusteht!

Digitized by Google

die Erfahrung derjenigen Rechtsgebiete, deren Gesetzgebungen die bezüglichen Fragen nicht besonders entscheiden — und bezüglich der letzteren Normen ist dies bei allen modernen Gesetzgebungen der Fall — beweist, wird auch ohne eine besonders darauf hinweisende Vorschrift die analoge Anwendbarkeit der betreffenden Normen nicht verkannt werden. Die vom Entwurf beliebte Normierung der Anwendbarkeit gewisser für Rechtsgeschäfte gegebener Vorschriften legt andererseits aber die Gefahr nahe, daß die Anwendbarkeit anderer Vorschriften über Rechtsgeschäfte, z. B. über den Einfluß des Irrtums, über die bindende Kraft der Offerte (beim Besitzerwerb durch Übergabe), damit abgelehnt erscheint, was doch sicher nicht schlechthin beabsichtigt ist. Die in § 802 in einer bis zur Unerkennbarkeit verhüllten Form statuierte Unzulässigkeit der compossessio in solidum ist eine notwendige Konsequenz des römischen Besitzbegriffes, dessen Acceptierung durch den Entwurf schon aus den gesamten übrigen Vorschriften über den Besitz in zwingender Weise hervortritt. Der § 803 hielt es für erforderlich, die „Übergabe" zu definieren als die Einräumung des Besitzes durch den bisherigen Besitzer an den Erwerber und die Ergreifung des Besitzes durch letzteren. Wie weit damit eine größere Klarstellung des Begriffes erreicht ist, dafür mag es statt alles andern genügen, darauf hinzuweisen, daß die Motive die beiden Unterbegriffe, in welche sie die Übergabe auflösen — Einräumung und Ergreifung — in sechs bis sieben Zeilen langen Definitionen weiter „klarzustellen" versuchen. Fügen wir dieselben in den Absatz 1 des § 803 ein, wie wir es vom Standpunkt der Motive doch wohl thun müssen, um zu einer die unmittelbare Anwendung zulassenden Bestimmung über den Besitzerwerb durch Übergabe zu gelangen, so haben wir ein frappierendes Beispiel dafür vor uns, wie geschickt man es verstand, allgemein in lebendiger Geltung befindliche Rechtsbegriffe durch Umsetzung in schulmäßig juristische unverständlich zu machen. Wir würden dann nämlich als Definition der Übergabe erhalten: „die zu Gunsten des Erwerbers erfolgende Kundgebung des Willens des bisherigen Besitzers, die

Digitized by Google

Sache nicht mehr als die seinige zu haben, und die mit Bezug auf dieselbe und um derselben willen erfolgte Kundgebung des Willens seitens des Erwerbers, die Sache als die seinige zu haben, verbunden mit der Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache! Der Absatz 2 des Paragraphen enthält die Anerkennung des Grundsatzes, daß die thatsächliche Gewalt nicht in jedem Fall eine unmittelbare Einwirkung auf die Sache erfordert, sondern nur eine solche Gestaltung der Sachlage, daß die thatsächliche Herrschaft dem Erwerber zugeschrieben und in Ansehung aller übrigen Personen verneint werden kann, für den Fall des konsensualen Besitzwechsels und bricht dadurch zum Teil mit der Absicht, von Bestimmungen über die Gestaltung der Übergabe je nach Verschiedenheit der Umstände abzusehen. Allein diese Konstatierung jenes allgemeinen Grundsatzes für den Fall des konsensualen Besitzwechsels muß notwendig den Anschein erwecken, als solle dessen Anwendbarkeit auf diesen Fall beschränkt und in allen anderen Fällen stets eine an der Sache vorgenommene Besitzhandlung erforderlich sein, was doch bei der Occupation eines herrenlosen Grundstückes sicher nicht gefordert werden soll, da der Entwurf eine Verschärfung der Anforderungen des römischen Rechts bezüglich des Besitzerwerbs nicht beabsichtigt hat, nach diesem aber auch zum Besitzerwerb durch Occupation, nicht bloß durch Tradition, die bloße Gegenwart bei dem herrenlosen Grundstück, sofern sonst nichts im Wege steht, nach Belieben auf dasselbe einzuwirken, die Erlangung der thatsächlichen Gewalt ersetzt[1]. l. 3 § 1 D. de acqu. vel amitt. poss. 41, 2. Danach ist es nicht nötig, daß man omnes glebas circumambulet, sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire. Es werden also diejenigen glebae, die man nicht begangen, erworben, ohne daß auf sie körperliche Einwirkung stattgefunden hat, dum mente et cogitatione hac sit, ut totum fundum usque

[1] A. M. Pininski, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs S. 184. Dagegen Windscheid a. a. O. § 153 Anm. 5.

Digitized by Google

ad terminum velit possidere. Wenn also z. B. ein Gutsbesitzer, auf seinem Besitztum stehend, seinem Verwalter ein daran angrenzendes herrenloses Grundstück mit dem Auftrag zeigt, dasselbe, da er es fortan haben wolle, mit seinen Ländereien düngen, umpflügen, besäen zu lassen, so hat er den Besitz schon mit dieser Erklärung, nicht erst mit der vielleicht Monate später erfolgenden Ausführung seines Auftrages erworben. Das wollte der Entwurf gewiß nicht unmöglich machen, wie es nach § 803 Absatz 2 wohl scheinen könnte. Der § 805 normiert einen besonderen Anwendungsfall der Zulässigkeit des Besitzerwerbes durch Stellvertreter (Motive III 97), nämlich den Fall des constitutum possessorium. Das dabei stattfindende Behalten der Sache seitens des Tradenten steht in einem gewissen Widerspruch mit der Besitzeinräumungserklärung; dieser Widerspruch bedarf der Beseitigung durch Klarlegung des rechtlichen Grundes für das Behalten eines Rechtes oder einer Pflicht des Tradenten, die Sache des weiteren zu behalten. Ob dies für eine Gesetzgebung, welche, wie der Entwurf, Besitzverschaffung und Tradition identifiziert — Motive III 98 ff.[1] —, nach dem Zweck, der dem Traditionsprinzip beim Eigentumserwerb zu Grunde liegt — Motive III 333 —, sich nicht auch ohne besonderen Ausspruch verstehen würde, mag zweifelhaft sein. Hingegen ist die Selbstverständlichkeit des zweiten Absatzes des Paragraphen zweifellos. Derselbe enthält die Angabe, welche Gestaltung das constitutum possessorium annimmt, wenn der bisherige Besitzer berechtigt ist, den anderen Teil im Besitzerwerb zu vertreten; die Vorschrift legt nur „die Konsequenzen der allgemeinen Grundsätze" — Zulässigkeit einerseits des secum contrahere und des Tradierens an sich selbst, andererseits des constitutum possessorium — klar wegen deren „großer praktischer Bedeutung" — (Motive III 99); daß dieselben aber sonst verkannt worden wären, hat wohl auch der so überängstliche Entwurf ernstlich kaum be-

[1] Anders das Römische Recht l. 48 D. de acqu. vel amitt. poss. 41, 2, l. 62 pr. D. de evict. 21, 2, l. 9 § 1 D. de Publ. 6, 2. Windscheid a. a. O. § 155.

Digitized by Google

fürchtet. Der § 806 konstatiert die Fortdauer des Besitzes bis zum Eintritt einer denselben beendigenden Thatsache. Dies soll klar stellen, daß zur Fortdauer des Besitzes es nicht erforderlich sei, daß der Anfangsthatbestand in jedem ferneren Moment vorhanden sei. Also scheint der Entwurf einen Richterstand zu unterstellen, der es fertig bringt, einen Wahnsinnigen mit dem Moment des Ausbruches der Geisteskrankheit, den Schlafenden mit dem Moment des Einschlafens seines gesamten Besitzes, z. B. der Kleider, die er trägt, verlustig zu erachten, weil er den „Besitzwillen" (§ 797) nicht mehr haben könne (l. 4 § 3, l. 44 § 6 D. de usurp. 41, 3). Erweist sich danach der § 806 als eine lediglich durch die lehrhafte Rücksicht auf äußere Vollständigkeit veranlaßte, sachlich aber völlig entbehrliche Bestimmung, so fallen damit auch alle diejenigen Vorschriften, welche die Gründe für die Endigung des Besitzes angeben; denn nur „um der im § 806 enthaltenen Hinweisung zu genügen, hat der Entwurf die verschiedenen Arten der Endigung des Besitzes erschöpfend" bezeichnet (Motive III 100). In der That ergiebt sich der Inhalt von § 807 bereits aus § 798, von §§ 808, 810 Absatz 1[1] aus den §§ 803, 804, 805, 810 Absatz 2, 811, 812, 813. Allein der § 806 ist nicht bloß überflüssig, sondern auch falsch. Richtig wäre er nur, wenn die Aufzählung aller Verlustthatsachen in den §§ 807 ff. eine vollständige wäre. Denn sonst ist es eben nicht wahr, wenn er sagt, daß der Besitz bis zum Eintritt einer der im folgenden bezeichneten Thatsachen fortdauere; er endet dann vielmehr bisweilen auch auf Grund einer anderen Thatsache. Das Register hat aber ein Loch: es ist der Wegfall der Person des Besitzers — Tod der natürlichen Person, Erlöschen der juristischen Person — aus der Scheu, das Gesetz gar zu sehr nach dem Lehrbuch schmecken zu lassen, übergangen. „Daß hier

[1] Die Vorschrift besagt, daß der Besitz endet, wenn dem Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache entzogen wird. Das „Entziehen" deutet die Handlung einer anderen Person an, während dadurch bezeichnet werden soll „der Eintritt eines solchen Zustandes, mit welchem die Annahme der Fortdauer der thatsächlichen Herrschaft unvereinbar ist". Das kann aber sprachlich das Wort „Entziehen" niemals ausdrücken.

Digitized by Google

der Besitz der nicht mehr vorhandenen Person beendigt ist, versteht sich so sehr von selbst, daß trotz des gerechtfertigten Strebens nach erschöpfender Angabe der Verlustthatsachen die Hervorhebung dieses Endigungsgrundes auffällig sein würde (Motive III 101). Ja mehr wie das, sie wäre schlechthin unerträglich. Leider steht es aber mit manchen anderen Vorschriften des Abschnittes nicht viel besser[1]. Nach § 806 bliebe der Besitz des Verstorbenen, der erloschenen juristischen Person bestehen. Mag diese Konsequenz für die natürliche Person nun auch durch die besonderen Vorschriften der §§ 2052/2054 ausgeschlossen erscheinen, für die juristische Person ist um sie nicht herumzukommen. Der Absatz 2 des § 810 soll dem „naheliegenden" Mißverständnis vorbeugen, als sei der Besitz verloren, wenn man eine Sache verlegt hat, wenn man sie versteckt hat und den Ort des Versteckes vergessen hat, wenn ein Haustier sich vom Haus entfernt hat (l. 44 pr. D. h. t. 41, 2, l. 3 § 13, 16 eod.). Was für Rechtsanwendungsorgane muß der Entwurf voraussetzen, denen solche Mißverständnisse „naheliegen"! Der § 811 soll einem andern „nicht fernliegenden Zweifel" begegnen. Allein die Ausführung der Motive zu diesem Paragraphen (III 104) thut selbst am besten dar, daß, man mag den Fall betrachten, wie man will, eigentlich ein solcher Zweifel gar nicht entstehen kann: „auf jeden Fall ist der Besitzverlust zu verneinen." Auch der erste Absatz von § 813 soll wiederum „naheliegenden Zweifeln" begegnen. Daß der Besitz nicht durch eintretende Geschäftsunfähigkeit des Detentors verloren geht, ergiebt sich schon daraus, daß ein solcher Verlust ja selbst dann nicht eintritt, wenn der Besitzer selbst geschäftsunfähig wird. Aber auch der Tod des Inhabers kann den Besitz nicht beendigen, da nach § 2054 niemand, also auch der Besitzer nicht, die Sache eigenmächtig an sich nehmen darf, woraus folgt, daß wenn der Erbe die Sache

[1] Man lese unbefangen den § 811 und urteile, ob das oben ausgesprochene Urteil zu streng ist: Der Besitz wird dadurch nicht beendigt, daß ein anderer die thatsächliche Gewalt über die Sache mit dem Willen erlangt, die Gewalt für den Besitzer auszuüben!

Digitized by Google

ergreift, er notwendig in die Rechtsposition seines Erblassers gelangt, d. h. wiederum Detentor wird und es bleibt, bis er die in § 813 Absatz 2 bezeichnete Erklärung abgegeben hat (Motive III 106). Mag nun aber selbst mit den Motiven die Möglichkeit „naheliegender Zweifel" beim Schweigen des Entwurfes angenommen werden, so würde sich die Statuierung einer dieselben ausschließenden Norm doch nur dann rechtfertigen, wenn durch dieselbe nicht viel weitergreifende, die Grundlage der ganzen Besitzeslehre berührende Zweifel geschaffen würden. Dies ist aber vorliegend gerade zu befürchten: es liegt nahe, die Bestimmung nicht als Ausfluß aus einem allgemeinen Grundsatz, sondern als die Statuierung einer Ausnahme von einer aus den allgemeinen Grundsätzen sich ergebenden Regel aufzufassen. Die Motive selbst (III 106) scheinen diese Gefahr weniger übersehen als in ihrer Bedeutung unterschätzt zu haben.

Der § 814 soll um eines doppelten Zweckes willen erforderlich sein. Einmal, um eine an anderer Stelle (§ 815 ff.) zu verwertende Definition der verbotenen Eigenmacht zu geben. Allein die Aufnahme solcher Definitionen ist für ein Gesetzbuch schon deswegen bedenklich, weil dieselben eine Anzahl Momente aufführen müssen, die auch ohne besonderen Ausdruck im Gesetz verstanden werden würden, aber in einer Definition, ohne sie mangelhaft erscheinen zu lassen, nicht gut fehlen dürfen, deren besonderer Ausdruck aber, eben weil er aus fremdartigen Rücksichten erfolgt ist, den Anlaß zu Zweifel und Streit zu geben vermag. Expressa nocent, non expressa non nocent, kann man mit Modestin[1] sagen. Für ein Gesetzbuch empfiehlt es sich vielmehr, die Voraussetzungen eines Befehls — und solche sollen ja durch die Definitionen angegeben werden — mit dem letzteren, soweit irgend angängig, zur Einheit zu verbinden, vorliegend also den materiellen Gehalt des § 814 in den § 815 mit aufzunehmen. Allein der erstere Paragraph soll noch einem weiteren Zwecke dienen. Ihm soll die selbständige Bedeutung zukommen, das Verbot

[1] l. 195 D. de reg. iur. 50, 17.

Digitized by Google

„vim ne facias possidenti“ zu Gunsten des Inhabers zu statuieren und so „die nicht allzu fernliegenden Zweifel an der Unerlaubtheit von Einwirkungen auf die Sache, welche ohne den Willen des Inhabers vorgenommen werden,“ zu beseitigen (Motive III 111). Freilich die modernen Gesetzgebungen haben die besondere Aufstellung dieses Verbotes nicht für erforderlich erachtet, und doch waren darunter so fürsorglich bevormundende wie das Preußische Landrecht; sachliche Nachteile dieser Enthaltsamkeit sind nicht zu Tage getreten. Allein die geradezu excessive Zweifelsucht des Entwurfes erträgt solche Abstention nicht. Der § 815 wiederholt in seinem Absatz 1 in positiver Form die Verneinung des § 186: hier ist gesagt, die Notwehrhandlung sei *nicht unerlaubt*, dort, man sei zu ihr *berechtigt*! Der § 816 gewährt dem Teilinhaber die Rechte des Inhabers aus §§ 814, 815, was sich, da der Teilinhaber Inhaber ist, auch beim Schweigen des Entwurfes verstehen würde. Wollte man aber den besonders wichtigen Fall der Wohnungsinnehabung hervorheben, so brauchte man dieserhalb keinen eigenen Paragraphen zu schaffen. Es hätte dazu genügt, in § 815 Absatz 3 hinter „Grundstück“ einzufügen „insbesondere auch abgesonderte Wohnungs- und Wirtschaftsräume“. Der § 818 gefällt sich wieder in einer Anzahl Definitionen, von denen dasselbe gilt, was zu § 814 ausgeführt ist; sein Inhalt ist in den § 819 zu übernehmen. Der zweite Absatz des § 821 enthält lediglich eine sinngemäße, aber auch kaum zu verfehlende Anwendung des im ersten Absatz ausgesprochenen Grundsatzes für einen besonders gestalteten Fall.

Die Besitzklagen erwachsen aus einer Änderung beziehungsweise Störung des Besitzstandes im Wege verbotener Eigenmacht; die Fortdauer dieser Änderung (Störung) ist der Klaggrund. Die demgegenüber vom Beklagten aufgestellte Behauptung ein Recht dazu gehabt zu haben, würde daher den Grund der Klage gar nicht treffen, — sowenig als gegenüber einer Darlehnsklage die Behauptung des Beklagten, eine gewisse Mietschuld bereits an den Kläger bezahlt zu haben. Die Berufung auf ein solches Recht als einer *selbständigen* Verteidigungsposition

Digitized by Google

ist daher nicht sowohl positiv ausgeschlossen als vielmehr schlechthin undenkbar: mit der Zulassung von Einreden aus dem Recht würde auch der Klaggrund notwendig petitorisch werden (vergl. § 1 I 31 der Pr. Allg. Gerichtsordnung; Motive III 129). Giebt danach ein solches Recht auch keine selbständige Verteidigungsposition, so ist es doch möglich, daß dasselbe wesentliches Verteidigungsmaterial für die Zurückweisung des Vorwurfes unerlaubter Eigenmacht enthält. Solche Verteidigung trifft aber gerade den Grund der Klage voll und ganz und steht daher auch dem in seiner Verteidigung unbeschränkten Beklagten offen. Der Entwurf hält es für erforderlich, dies in § 822 auszusprechen, und zwar wiederum zu dem leidigen Zweck der Beseitigung von Zweifeln. Die Motivierung des § 822 schließt aber eine viel größere Gefahr in sich, als der sie vorbeugen will. Dieselbe verleitet förmlich dazu, was sich notwendig aus dem Wesen jedes echten Besitzprozesses ergiebt, als eine Äußerung gesetzgeberischen Beliebens aufzufassen und damit jenes Wesen selbst zu verkennen. Die Vorschrift des § 822 entbehrt jedes positivrechtlichen Charakters, und ihre Aufnahme in ein Gesetz kann nur dazu führen, Verirrungen anzurichten. Sind die Besitzklagen auf völlig selbständige Voraussetzungen gestellte Rechtsbehelfe, die mit der Klage aus dem Recht gar nichts zu thun haben, so versteht es sich auch von selbst, daß durch die Erhebung der Besitzklage die Erhebung der Klage aus dem Recht und umgekehrt nicht behindert wird. Auch ergiebt sich dieser aus der Natur der Sache folgende Satz, der im ersten Absatz des § 823 besonders ausgesprochen ist, aus dem Absatz 2 dieses Paragraphen mit einer Deutlichkeit, welche selbst einer mißtrauischen und zweifelsüchtigen Gesetzgebung doch eigentlich vollauf genügen sollte. Die durchaus sachgemäße Vermutung des § 825 gehört nicht in den Abschnitt über Besitz; seine Aufnahme in diesen Abschnitt und sein unmittelbarer Anschluß an die Vorschriften über den Besitzprozeß könnte den Anlaß zu Zweifeln darüber geben, ob nicht etwa der Besitzprozeß des Entwurfes sich auf die Schadenersatzansprüche wegen Besitzentziehung und

Digitized by Google

Besitzstörung mitbezieht. Der Paragraph würde am besten wohl dem § 193 angereiht.

Werfen wir nunmehr einen Rückblick auf den gesamten Abschnitt über „Besitz und Inhabung", so sehen wir nach Ausscheidung aller vorstehend als überflüssig nachgewiesenen Normen[1] den Abschnitt über „Besitz und Inhabung" auf folgende Vorschriften beschränkt:

I. Besitz einer Sache ist nur insoweit möglich, als Eigentum möglich ist (§ 798 Absatz 1).

II. Die Übergabe einer Sache an einen Dritten kann auch in der Weise erfolgen, daß der Besitzer den Inhaber anweist, die thatsächliche Gewalt fortan für den Dritten auszuüben, und dieser gegenüber dem Besitzer oder dem Inhaber den Besitzwillen erklärt. Der Besitz wird von dem Dritten nicht erworben, wenn der Inhaber dem Besitzer oder dem Dritten gegenüber unverzüglich der Anweisung widerspricht (§ 804). Der Besitz eines Grundstückes wird durch die Ausübung der thatsächlichen Gewalt seitens eines andern nicht beendigt, wenn der bisherige Besitzer oder Inhaber sofort nach erlangter Kenntnis die Gewalt sich wieder verschafft (§ 812). Solange der Inhaber die thatsächliche Gewalt behält, wird der Besitz durch eine Handlung desselben nur dann beendigt, wenn der Inhaber gegenüber dem Besitzer erklärt, die Gewalt für sich oder für einen andern auszuüben (§ 813 Absatz 2).

III. Ist dem Inhaber ohne seinen Willen die Inhabung entzogen oder derselbe darin gestört worden (verbotene Eigenmacht), so hat derselbe gegenüber demjenigen, welcher die Eigenmacht ausgeübt hat, und dessen in der Inhabung befindlichen Erben im Fall der Entziehung den Anspruch auf Wiedereinräumung der Inhabung und im Fall der Störung den Anspruch auf Wiederaufhebung der Störung; auch kann er in letzterem Fall bei Besorgnis

[1] Zweifel bestehen bezüglich des § 805 Absatz 1 — oben S. 134.

Digitized by Google

weiterer Störungen die Verurteilung des Störers zur Unterlassung derselben verlangen. Der Anspruch ist auch dem sonstigen Nachfolger des Eigenmächtigen gegenüber begründet, welcher bei Erlangung der Inhabung die von seinem Vorgänger geübte Eigenmacht gekannt hat. Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der Entsetzte oder Gestörte seine Inhabung durch verbotene Eigenmacht gegenüber dem Entsetzer oder Störer erlangt hatte (§§ 814, 819, 820).

IV. Haben mehrere eine Sache gemeinschaftlich inne, so sind Handlungen, welche über die im § 765 bezeichnete Gebrauchsbefugnis hinausgehen oder einen andern Teilhaber in der Gebrauchsbefugnis hindern, als verbotene Eigenmacht anzusehen (§ 817).

V. Ist der Inhaber nicht zugleich der Besitzer, so stehen die nach III für den Inhaber begründeten Rechte auch dem Besitzer zu. Will der frühere Inhaber in dem Fall der Entziehung die Inhabung nicht wieder übernehmen, so kann der Besitzer fordern, daß die Inhabung ihm selbst eingeräumt werde (§ 821 Absatz 1).

VI. Wird in dem über das Recht anhängigen Prozeß früher rechtskräftig entschieden als im Besitzprozeß, so ist, wenn die als verbotene Eigenmacht gerügte Handlung dem durch die Entscheidung in dem ersteren Prozeß festgestellten Recht entspricht, die Besitzklage in der Hauptsache als erledigt anzusehen (§ 823 Absatz 2).

VII. Im Besitzprozeß können als verbotene Eigenmacht Handlungen nicht mehr geltend gemacht werden, seit deren Vornahme zur Zeit der Geltendmachung mehr als ein Jahr verstrichen ist. Diese Vorschrift findet jedoch keine Anwendung, soweit die Geltendmachung zur Begründung des Einwandes erforderlich ist, daß von seiten des Einwendenden verbotene Eigenmacht nicht verübt worden ist (§ 824).

VIII. Ist eine bewegliche Sache dem Inhaber durch verbotene Eigenmacht weggenommen, so ist derselbe berechtigt dem

Digitized by Google

auf der That Betroffenen oder bei sofortiger Nacheile erreichten Thäter die Sache mit Gewalt wieder abzunehmen. Im Falle der Wiederabnahme ist der Besitz als nicht unterbrochen anzusehen. Ist die thatsächliche Gewalt über ein Grundstück dem Inhaber durch verbotene Eigenmacht entzogen, so ist derselbe berechtigt sofort nach erlangter Kenntnis sich die Inhabung wieder zu verschaffen, mit Gewalt gegen die Person jedoch nur dann, wenn die Wiederverschaffung sofort nach der Entziehung erfolgt oder wenn die Voraussetzungen für die Selbsthülfe nach § 189 vorliegen. Die vorstehend bezeichneten Rechte stehen dem Inhaber auch gegenüber demjenigen zu, für welchen er die Sache innehat (§ 815 Absatz 2, 3 und 4).

Eine den Besitz betreffende, aber außerhalb des die sedes materiae bildenden Abschnittes stehende Norm weist auch der § 883 auf; derselbe lautet folgendermaßen:

> Ist der Besitz für den Anfang und das Ende eines Zeitraumes erwiesen, so wird der Besitz für die Zwischenzeit vermutet.

Nach dem den Prozeß beherrschenden Grundsatz freier Beweiswürdigung würde die Rechtsprechung aus dem Nachweis des Besitzes im Anfang und am Ende eines Zeitraums mangels entgegenstehender Momente auch ohne diese gesetzliche Anweisung den Schluß auf die Existenz desselben für die Zwischenzeit ziehen; liegen aber solche Momente vor, so würde für den verständig erwägenden Richter eben auch die vom Gesetz aufgestellte Vermutung erschüttert sein. In der That, ein plausibler Grund für die Aufnahme jener Bestimmung ist lediglich darin zu finden, daß sie die bestehende Gesetzgebung bereits aufweist. Allein letztere hatte, wie bereits in anderem Zusammenhange bemerkt, bei ihrer Schaffung mit Richtern zu rechnen, welche in der gesetzlichen Beweistheorie groß geworden waren und denen das Gesetz solche Schlüsse an die Hand geben mußte, wollte es sich versichert halten, daß dieselben auch wirklich gezogen wurden.

Digitized by Google

Wir sehen hier zum zweiten Male eine Nachwirkung jener begrabenen Beweistheorie im Entwurf[1].

Der § 898 spricht den Grundsatz aus, daß Bestandteile einer Sache auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache gehören und daß dies auch für die Erzeugnisse der Sache gilt. Der Satz ist richtig, aber zu eng und eine Konsequenz aus dem Begriff des dinglichen Rechts als eines die Sache unmittelbar und in allen ihren Teilen gleichmäßig ergreifenden Rechts. Findet daher eine Abscheidung eines Teiles statt, so findet an den abgeschiedenen Teilen das bisherige dingliche Recht weiter statt. Die Hervorhebung dessen für das Eigentum beim Schweigen über diese Frage bei den begrenzten Rechten enthält wenn auch nicht die Gefahr einer Verkennung, so doch den Anhalt zu einem möglichen Mißverständnis des dem Entwurf zu Grunde liegenden Begriffs der letzteren; nur für das Faustpfandrecht ist eine entsprechende Bestimmung in § 1150 Absatz 2 beliebt worden.

Die rechtliche Herrschaft einer Person über eine Sache erfordert einen von der Rechtsordnung anerkannten Grund der Unterwerfung derselben unter jene Herrschaft; mangels eines solchen besteht eine rechtliche Herrschaft nicht, ist die Sache herrenlos. Bezüglich der wilden Tiere spricht das § 905 besonders aus; der „Vollständigkeit" wegen müßte der Entwurf aber dann auch über das Wasser der Flüsse, das Eis, die Eier und Nester wilder Vögel und ähnliches eine entsprechende Bestimmung aufweisen!

Bezüglich des § 906 war es den Motiven III 373 selbst zweifelhaft, ob die darin niedergelegte Anwendung des § 905 Absatz 2, 3 nicht auch ohne gesetzliche Bestimmung gesichert gewesen wäre; jedenfalls ist aber die Konstatierung, daß das Eigentum an dem ausgezogenen Bienenschwarm untergeht, wenn der Eigentümer denselben nicht unverzüglich verfolgt, wenn der Eigentümer die Verfolgung aufgiebt oder den Schwarm völlig aus dem Gesicht verliert, ein bißchen sehr kasuistisch geraten,

[1] Die erste s. oben S. 62.

Digitized by Google

denn das völlige Aus-dem-Gesicht-verlieren ist nur ein besonderer Grund für die Aufgabe der Verfolgung, die letztere nur ein specieller Fall der Nichtverfolgung.

Der § 941 besagt:

> Der Eigentümer kommt in Verzug der Annahme auch dann, wenn er die Sache anzunehmen bereit ist, jedoch die Befriedigung oder Sicherstellung der auf Grund der §§ 936, 937 (Verwendungen), 939, 940 (Lösungsbetrag) erhobenen Ansprüche nicht anbietet.

Die Aufnahme dieser Bestimmung dürfte jeder unbefangenen Auffassung verwunderlich erscheinen, da bereits § 256 verfügt:

> Der Gläubiger, welchem gegen die ihm gebührende Leistung eine Gegenleistung obliegt, kommt in Verzug der Annahme, wenn er die mit dem Verlangen der Gegenleistung angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, jedoch die Gegenleistung nicht anbietet.

Was die Motive III 420 zur Rechtfertigung der Aufnahme des § 941 anführen, daß nämlich das Vorliegen eines gegenseitigen Schuldverhältnisses und damit die Anwendbarkeit des § 256 um deswillen bezweifelt werden könnte, weil im Augenblick des Anbietens die gesetzliche Voraussetzung für die Entstehung des Verwendungs- und Lösungsanspruches noch nicht erfüllt ist, — diese Ausführung läuft im Grunde doch auf nichts anderes hinaus wie auf das öfter konstatierte Mißtrauen gegen das gesunde Rechtsempfinden der zur Rechtsanwendung berufenen Organe, als ob diese in dem Jagen nach juristischen Feinheiten den Sinn für die Realität der Verhältnisse verlören. Aber auch hier wiederum wie prinzipienlos: die wichtige und zweifellos schwierigere Frage nach der Anwendbarkeit des § 278 — Möglichkeit öffentlichen Verkaufes der Sache — überläßt der Entwurf ruhig diesen selben unfähigen Organen zur selbständigen Lösung (Motive III 421)!

Der § 946 Absatz 1, welcher die Möglichkeit des Miteigentums im allgemeinen statuiert, ergiebt sich aus der „Natur und dem Inhalte des Eigentums", der Absatz 2 ist eine bloße Einleitung zu den folgenden Paragraphen. Daß die Vorschriften

Digitized by Google

über das Eigentum auf das Miteigentum entsprechende Anwendung finden und daß der Eigentumsanspruch des Miteigentümers auf Einräumung des Mitbesitzes geht (§§ 948, 951 Absatz 1), brauchte wohl auch kaum besonders hervorgehoben zu werden.

Mit dem § 948 fällt notwendig auch der § 1012 Absatz 1, der lediglich durch jenen erforderlich geworden ist, weil sonst bei der Statuierung einer besonderen Norm über die Veräußerung und Belastung einer Eigentumsquote in § 948 das Schweigen des Entwurfes über die Veräußerung einer Nießbrauchsquote leicht zu verkehrten Folgerungen hätte führen können (Motive III 527), — man sieht, hier ist der Gesichtspunkt als durchschlagend anerkannt, der oben — S. 143 — gegenüber dem § 898 von uns geltend gemacht worden ist. Die dinglichen, auf ein Recht an der Sache sich gründenden Ansprüche unterliegen den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechts; allein dieser Standpunkt des Entwurfes wird eher verdunkelt als klar gestellt, wenn in Absatz 2 des § 951 eine einzelne Konsequenz daraus — die Anwendbarkeit des § 339 — statuiert wird, da diese in ihrer Vereinzelung leicht als Ausnahme, als Besonderheit aufgefaßt werden könnte. Ein Gesetz, welches die so überaus wichtige Frage, ob ein Kontrahieren mit sich selbst (als Vertreter und zugleich im eigenen Namen) möglich sei, der Entscheidung durch die Theorie und die Praxis glaubt überlassen zu können, hatte wohl kaum Veranlassung, die Frage besonders zu entscheiden, ob ein die gemeinschaftliche Sache belastendes Recht für einen Miteigentümer begründet werden könne (§ 947). Das aus der Duplicität der Stellung des Miteigentümers einerseits als einzelner andererseits als Genosse sich ergebende Bedenken ist sicher nicht stärker wie die gegen das Kontrahieren mit sich selbst vorliegenden Bedenken. Bei der inneren Verwandtschaft beider Fragen aber muß die ausdrückliche Gestattung des Thätigwerdens des Miteigentümers in seiner Doppeleigenschaft mit wahrhaft verhängnisvollen Folgen für die Frage nach der Anerkennung des Kontrahierens mit sich selbst verbunden sein. Danach würde sich von dem

Digitized by Google

Titel „Miteigentum" nur etwa die Beibehaltung der §§ 949, 950 empfehlen.

Der § 974 bestimmt in seinem ersten Absatz mit der behaglichen Breite eines Lehrbuches: „Die Grunddienstbarkeit kann von dem herrschenden Grundstück nicht getrennt werden, sie geht auf jeden Eigentümer mit dem Erwerbe des Eigentums über", — was alles sich bereits aus § 966 mit genügender Deutlichkeit ergiebt. Ebenso enthält der Absatz 2 nur eine lehrhafte Konsequenz aus § 967. Der von der Motiven für die Aufnahme des § 974 angeführte Grund, daß derselbe der Feststellung des Begriffes der Grunddienstbarkeit diene, beweist nur, daß der Entwurf nicht mit genügender Schärfe die ein Gesetzbuch von einem Lehrbuch scheidenden Grenzen erfaßt hat.

Nach § 928 gebührt der Schatz zur Hälfte dem Eigentümer der ihn bergenden Sache, zur anderen Hälfte dem Finder. Selbstverständlich kann der ideelle Anteil des Eigentümers am Schatz nicht einen (reellen) Teil der ihn bergenden Sache bilden. Daher erstreckt sich der an letzterer bestehende Nießbrauch auch nicht auf jenen Anteil. Aber auch der Anteil selbst gebührt nicht dem Nießbraucher; denn nach § 980 ist derselbe zur Ziehung aller Nutzungen berechtigt. Der Begriff der Nutzungen einer Sache ist aber in § 793 dahin festgestellt, daß er die Früchte und die Gebrauchsvorteile umfaßt. Unter keines von beiden fällt der Anteil des Eigentümers am Schatz. Daß dies in der „nur erläuternden" Vorschrift des § 990 besonders auszusprechen ist, erschien „ratsam im Anschlusse an viele neuere Gesetzgebungen". So die Motive III 504. Das ist nicht Begründung der Bestimmung, sondern das Eingeständnis des Mangels eines eigenen Grundes und Überwälzung der Verantwortlichkeit für die Aufnahme der Vorschrift auf die gesetzgeberischen Vorgänger. Der dem Entwurf zu Grunde liegende Nießbrauchsbegriff (§§ 980, 984, 989, 991) macht notwendig das Erlöschen des Nießbrauches, wenn sich derselbe mit dem Eigentum in derselben Person vereinigt. Der Satz 1 des § 1016 spricht dies überflüssigerweise noch besonders aus. Dasselbe gilt von dem ersten

Digitized by Google

Satz des § 1193, der den Untergang des Faustpfandrechts durch Konfusion statuiert. Beide Sätze sind lehrhafte Konsequenzen aus dem Begriff des begrenzten Rechts.

Die Kategorie des „Rechts am Recht" ist eine der am heftigsten umstrittenen. Jede Gesetzgebung, welche dieselbe anerkennt, muß sich die Gefahr gegenwärtig halten, daß jede einzelne ihrer Bestimmungen die Grundlage für Konstruktionen werden kann, die weit abführen vom richtigen Wege. Diese Gefahr enthält die eindringliche Aufforderung an den Gesetzgeber, nicht bloß in der Fassung seiner Sätze überaus vorsichtig zu sein, sondern auch — und das vor allem — jede nicht sachlich unbedingt notwendige Norm zu vermeiden. Ob dies vom Entwurf durchgehends genügend beherzigt ist, erscheint bei einer Durchprüfung der einschlägigen Abschnitte (§§ 1021/1037 — Nießbrauch an einem Recht —, §§ 1206/1226 — Pfandrecht an einem Recht —) zweifelhaft. Greifen wir den § 1026 heraus. Der Nießbrauch an Rechten ist dem Sachnießbrauch nachgebildet (§ 1021 Absatz 2); wie bei diesem, ist daher das Verhältnis des Nießbrauchs zu dem demselben unterworfenen Recht kein durch die Person des Gläubigers vermitteltes, sondern ein unmittelbar seinen Gegenstand ergreifendes. Gehören daher zu den dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen des Rechtes Ansprüche gegen Dritte, so sind dieselben, sobald sie entstanden sind, auch Ansprüche des Nießbrauchsberechtigten geworden. Für eine Abtretung derselben an den Nießbraucher ist danach nicht bloß kein Bedürfniß, sondern kein Raum. Diese Konsequenz aus dem Wesen des Nießbrauchs an Rechten spricht § 1026 aus. Allein gerade das Aussprechen derselben legt die Gefahr nahe, darin eine positivrechtliche Besonderheit zu erblicken. Damit wäre aber der Hebel gegeben, um die aus den sonstigen Bestimmungen sich ergebende Auffassung und Konstruktion des Nießbrauches an Rechten vollständig aus den Angeln zu heben. Die Geschichte der juristischen Kontroversen beweist, daß diese Gefahr kein nebelhaftes Phantom ist, sondern ihre sehr praktische Realität besitzt.

Digitized by Google

Der Eigentümer des mit einer Reallast beschwerten Grundstücks haftet für die während der Dauer seines Eigentumes fällig gewordenen Leistungen persönlich. Hieran wird selbstverständlich nichts geändert, wenn er sein Eigentum verliert; sonst läge eben keine persönliche Haftung vor. Diese schülerhafte Folgerung statuiert der § 1056 Absatz 1. Eben solchen Geist der Schule weist der folgende Paragraph auf. Hat sich der Entwurf einmal für die Untrennbarkeit einer subjektivdinglichen Reallast von dem Grundstück, für dessen jeweiligen Eigentümer sie konstituiert ist, entschieden, so ergiebt sich hieraus, daß sie auch nur mit dem Grundstück belastet werden kann und auf jeden neuen Eigentümer — der Entwurf fügt noch hinzu: mit dem Erwerb des Eigentums — übergeht. Soll es wirklich die „Klarheit" des Rechts befördern, wenn der § 1057 dies zu besonderem Ausdruck bringt?

Der Entwurf bezeichnet die Hypothek ausdrücklich als eine Belastung des Grundstücks (§ 1062). Dieselbe ist, wie das Pfandrecht überhaupt, als dingliches Recht normiert. Sie ergreift also ihr Objekt unmittelbar und in allen seinen Teilen. Wenn ihren Gegenstand ein einzelnes Grundstück bildet, so besteht sie für die ganze Forderung an jedem Teil desselben, wenn eine Mehrheit von Grundstücken, an jedem einzelnen Grundstück. Und daraus folgt des weiteren, daß der Gläubiger in letzterem Falle nach seiner Wahl aus allen belasteten Grundstücken oder aus mehreren derselben oder aus einem Befriedigung verlangen kann. Diese Folgerungen glaubt der Entwurf in den §§ 1071, 1078 Absatz 1 zu besonderem Ausdruck bringen zu müssen.

Nach § 227 kann die Leistung durch Dritte ohne Einwilligung des Schuldners erfolgen; nur darf sie der Gläubiger ablehnen, wenn der Schuldner mit der Leistung durch den Dritten nicht einverstanden zu sein erklärt. Daher kann auch der Eigentümer eines verhypothezierten Grundstückes eine fällig gewordene Hypothekenschuld bezahlen, sofern der Schuldner nicht widerspricht. Danach enthielte die Vorschrift des § 1080, welche

Digitized by Google

die Befugnis des Grundeigentümers zur Befriedigung des Hypothekengläubigers statuiert, nur für den Fall ein Novum, daß der Schuldner der Leistung durch den Eigentümer widerspricht. Allein bei einer nicht ganz fehlsamen Würdigung des Zweckes der hypothekarischen Belastung und Sicherung und der dabei in Frage stehenden realen Interessen würde die Rechtsanwendung auch ohne die besondere Statuierung, wie sie die §§ 1080, 1161 belieben, von selbst zu diesem Ergebnis gelangen. Die Motive III 689 führen selbst recht charakteristisch an, daß obgleich nur sehr wenige Gesetze dies Recht des Grundherrn ausdrücklich normieren, dasselbe doch überall in unbezweifelter Anerkennung steht. Wozu aber dann in aller Welt jene Vorschriften? Sind die zur Rechtsanwendung berufenen Organe, mit denen der Entwurf rechnen muß, um so viel weniger vertrauenswürdig wie diejenigen, welche die bestehende Gesetzgebung vorfand? Mit nichten, sondern die Gesetzgebung ist um so viel doktrinärer geworden. Demselben Streben nach möglichster theoretischer Abrundung verdanken auch die §§ 1082, 1163 ihre Entstehung, wonach die Befriedigung des Hypothekengläubigers in den Fällen der §§ 1080, 1086 auch durch Hinterlegung und Aufrechnung erfolgen kann. Der feine theoretische Gesichtspunkt, den die Motive III 694 für die Notwendigkeit dieser Bestimmung ins Feld führen, daß es sich immerhin bei den Fällen des § 1081 nicht um Tilgung einer Schuld, sondern um Leistung zwecks Erwerbung der Forderung handelt, greift schon um deswillen nicht durch, weil der § 1081 immer nur von Befriedigung des Hypothekengläubigers spricht und damit die von ihm gewollte Behandlung der Zahlung nach Analogie einer forderungstilgenden Leistung genügend deutlich zu erkennen giebt.

Der erste Absatz des § 1084 erkennt dem Eigentümer des verhypothezierten Grundstücks das Recht zum Gebrauch der auf ein persönliches Rechtsverhältniß zwisches ihm und dem Gläubiger sich gründenden Einwendungen zu. Diese Bestimmung soll im Gesetzbuch erforderlich sein „schon aus Rücksicht auf die Öko-

Digitized by Google

nomie seiner Bestimmungen" (Motive III 696). Des näheren: Der Entwurf ist bei der Regelung des Eigentums, des Vorkaufsrechts, des Erbbaurechts, der Dienstbarkeiten und der Reallasten so verfahren, daß er in Ansehung jedes einzelnen dieser Rechte eine Vorschrift giebt, durch welche die Geltendmachung von Einwendungen aus einem persönlichen Recht gegen den dinglichen Anspruch zugelassen wird. Dieses Verfahren mußte, meinen die Motive III 697, auch hier befolgt werden, weil sonst das Mißverständnis zu besorgen wäre, daß der Anspruch aus der Hypothek durch eine Einwendung der gedachten Art nicht bekämpft werden könnte! Statt aber durch diese Konsequenz der Aufnahme jener Bestimmungen zum Zweifel an deren Rätlichkeit bewogen zu werden, entschließt sich der Entwurf vielmehr auch hier um der lieben „Ökonomie" willen zur Aufstellung einer Norm, deren Selbstverständlichkeit auch dem befangensten Auge einleuchtend sein sollte[1]. Die Motive freilich scheinen es im Ernst für möglich zu halten, daß den gerade bei der Hypothek recht häufig vorkommenden Vereinbarungen, durch welche der Gläubiger sich verpflichtet, von seinem dinglichen Recht keinen oder nur einen beschränkten Gebrauch zu machen, die exceptionsweise Geltendmachung von den Gerichten versagt werden könnte! Dann freilich, das ist nicht zu leugnen, bestünde „ein praktisches Bedürfnis für die Bestimmung". Wie mag da nur in einem solch wichtigen Punkte das geltende Recht fertig geworden sein, in dem die Vorschrift „meist als selbstverständlich vorausgesetzt" ist? Nur um des Absatzes 1 willen ist aber auch der zweite Absatz erforderlich geworden, wonach der Eigentümer auch die aus dem Grundbuch sich ergebenden Einwendungen geltend machen darf; dies folgt bereits aus den §§ 828, 837, 838, 843, 844, 1003 und gilt im allgemeinen für alle Rechte an Grundstücken, ohne daß es für eines derselben

[1] Die Motive glauben nicht nur die praktische Notwendigkeit, sondern auch die Richtigkeit der Vorschrift deduzieren zu müssen und vermeinen dies durch Berufung auf die §§ 206, 224 Absatz 1 Satz 1 thun zu können!

Digitized by Google

bisher besonders ausgesprochen worden wäre. Auch für die Hypothek erscheint ein solcher Ausspruch nicht angezeigt (Motive III 697). Allein einer „erläuternden" Vorschrift dahin, daß durch die Vorschrift des ersten Absatzes nicht die aus dem Grundbuch sich ergebenden und die das Bestehen der Hypothek verneinenden Einwendungen ausgeschlossen werden sollten, glaubt der Entwurf trotz alledem nicht entraten zu können. Daß endlich, was Absatz 3 verfügt, der Eigentümer berechtigt ist, auch die dem persönlichen Schuldner zustehenden Einreden geltend zu machen, ergiebt sich sowohl aus der accessorischen Natur der Hypothek, wie insonderheit auch aus dem § 1093:

> Steht dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des Anspruches auf die Leistung dauernd ausgeschlossen wird, so erlischt die Hypothek . . . .

Weitere Konsequenzen aus der accessorischen Natur der Hypothek enthalten § 1086 Absatz 1, nach welchem mit der Übertragung der Forderung auch die Hypothek übergeht, und § 1092, welcher die Hypothek mit der Forderung erlöschen läßt[1].

Der erste Absatz des § 1100 trifft die Vorschrift, daß für die Übertragung der Eigentümerhypothek die Vorschriften für die Übertragung der Hypothek überhaupt gelten. Dies wird in folgender den Sinn mehr verhüllenden als klarlegenden Form ausgedrückt:

> Die Übertragung der Eigentümerhypothek bestimmt sich nach den Vorschriften, nach welchen die Übertragung der eingetragenen Forderung sich bestimmte[2].

Die Übertragung der Eigentümerhypothek ist in den Landesgesetzen freilich nirgends besonders geordnet; daß Theorie oder

---

[1] Entsprechendes gilt von den §§ 1186, 1192 Absatz 1, welche die einschlägigen Normen für das Faustpfandrecht enthalten. Der § 1187 Absatz 1 bietet wiederum nur eine lehrbuchartige Ausführung des im ersten Absatz des § 1186 Bestimmten.

[2] Man merke wohl auf das pedantische Imperfekt.

Digitized by Google

Praxis darum in dieser Beziehung fehlgegangen sind, ist auch nicht bekannt geworden; allein die Aufnahme einer bezüglichen Bestimmung erscheint nichtsdestoweniger zur Beseitigung jedes möglichen Zweifels nicht bloß rätlich, sondern sogar „erforderlich" (Motive III 735).

Der § 1146 statuiert die Möglichkeit, ein Faustpfandrecht an dem Bruchteil einer Sache zu begründen. Allein die Zulässigkeit desselben würde sich schon dann ergeben, wenn dieselbe nicht besonders ausgeschlossen ist, wie für Vorkaufsrecht (§ 953), Hypothek (§ 1063), Grunddienstbarkeiten (§ 968), die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1045), Reallasten (§ 1053), Erbbaurecht (§ 961) geschehen. Jedenfalls aber ergiebt sich jene Möglichkeit mit einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit aus den §§ 1184, 1185. Ein Gleiches ist von dem § 981 im Verhältniß zu § 985 zu sagen.

Der § 1151 bestimmt, daß das ältere Pfandrecht dem jüngeren vorgehe. Allein der Satz ist in seiner Beschränkung auf das Pfandrecht, genauer das Faustpfandrecht, nicht ganz ungefährlich und in seiner allgemeinen Geltung auf dem Gebiet aller dinglichen Rechte eine lehrhafte Folgerung aus dem lehrhaften Satz: nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet (l. 54, l. 175 § 1, l. 177 pr. D. de reg. iuris 50, 17). Der gemeinrechtlichen Streitfrage von dem Altersvorzug eines Pfandrechts für künftige Forderungen ist mit jener Bestimmung zwar gleichzeitig der Boden entzogen, allein es ist in derselben zugleich die Grundlage für die viel gefährlichere Theorie gelegt, daß das Pfandrecht für künftige Forderungen an sich auch kein gegenwärtiges Pfandrecht sei. Wollte man aber durchaus eine einschlägige Norm, so hätte jedenfalls statt der umständlichen Fassung des § 1151 der einfache Satz genügt: „Das der Begründung nach ältere Pfandrecht geht dem jüngeren vor." Aus dem zweiten Absatz des § 1186 geht hervor, daß beim Faustpfandrecht im Gegensatz zur Hypothek (§ 1086) die Forderung ohne das Pfandrecht übertragen werden kann. Wird hiervon im konkreten Fall Gebrauch gemacht, so ergiebt sich aus der

Digitized by Google

prinzipiellen Unselbständigkeit des Faustpfandrechts, daß dasselbe in der Hand des nunmehr forderungslosen bisherigen Gläubigers nicht zurückbleiben kann, sondern infolge des Fortfalls einer seiner Existenzbedingungen erlöschen muß. Daher ist es jedenfalls neben der angezogenen Vorschrift des § 1186 überflüssig zu bestimmen, daß das Pfandrecht erlischt, wenn bei der Übertragung der Forderung der Übergang des Pfandrechts ausgeschlossen wird (§ 1190).

Der § 1235 verfügt in seinem ersten Absatz die Anwendbarkeit der durch die Todeserklärung begründeten Vermutung (§ 21 Absatz 1) auch in Ansehung der Ehe. Da diese im allgemeinen Teil normierte Vermutung ohne jede Beschränkung aufgestellt ist, so versteht es sich von selbst, daß sie auch für das Eherecht gilt. Als bloßer Hinweis auf die gegenüber dem französischen Recht hierin liegende Neuerung hätte die aus dem Absatz 2 sich ergebende Unterstellung ihrer Geltung vollauf genügt.

Nach § 108 wird ein nichtiges Geschäft so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre. Daher braucht dies nicht in Absatz 2 des § 1252 für die (wegen Formmangels) nichtige Ehe besonders hervorgehoben zu werden; denn daß der Entwurf die Ehe als „Geschäft" betrachtet, ist zwar nicht sehr geschmackvoll, aber nach §§ 1231, 1232 doch zweifellos. Aber auch die in demselben Absatz des weiteren enthaltene Bestimmung bezüglich einer (aus einem anderen Grunde) nichtigen und demnächst aufgelösten oder für ungültig erklärten Ehe erscheint überflüssig. Sie soll notwendig geworden sein zur Beseitigung des Zweifels, ob eine Ehe dieser Art erst vom Zeitpunkt ihrer Auflösung beziehungsweise Ungültigkeitserklärung nichtig wird oder bei erfolgter Auflösung (Ungültigkeitserklärung) von Anfang an nichtig ist. Allein dieser Zweifel erhebt sich nur infolge der wenig angemessenen Fassung des ersten Absatzes. Derselbe müßte statt auf den Zeitraum, während dessen die Ehe als gültig zu behandeln, auf den Zeitpunkt abgestellt sein, mit dem ihre Nichtigkeit rechtlich in Betracht kommt, etwa in der Fassung:

Digitized by Google

Die nicht auf einem Formmangel bei der Eheschließung beruhende Nichtigkeit kann nur geltend gemacht werden, wenn die Ehe aufgelöst oder für ungültig erklärt ist.

Sehr charakteristisch für die Fürsorglichkeit des Entwurfes ist der § 1254, insofern er die Befugnis des gesetzlichen Vertreters eines geschäftsunfähigen Ehegatten zur Führung des Rechtsstreits über die Nichtigkeit der Ehe anerkennt. Diese Norm ist zwar eine kaum zu verfehlende Folgerung aus §§ 1649, 1728, 1743, 1503 in Verbindung mit § 50 der Civilprozeßordnung, nach welchen die gesetzliche Vertretung sich auch auf die persönlichen Angelegenheiten des Vertretungsbedürftigen erstreckt; auch ist dieselbe mittelbar dem § 1265 zu entnehmen. Allein trotz alledem muß sie besonders ausgesprochen werden, da die Frage bisher für das bisherige Recht nicht unstreitig war; es steht nämlich einem in Seufferts Archiv XXXI 248 abgedruckten Urteil ein solches des Reichsgerichts (Entsch. in Civilsachen IX 58) gegenüber (Motive IV 61)!

Der § 1263 lautet in seinem ersten Satz:

Dem Ehemann steht die Entscheidung in allen das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten zu.

Zunächst: Giebt es auch ein gemeinschaftsloses eheliches Leben und was wäre dann darunter zu verstehen, etwa das Leben von Eheleuten, die von Tisch und Bett getrennt sind und thatsächlich getrennt leben? Alsdann: Der ganze Satz entspricht mehr einem Herrschafts- als einem Gemeinschaftsverhältnis, wie es die Ehe doch ist. In solchem sind die die Gemeinschaft betreffenden Angelegenheiten vielmehr durch gütliche Vereinbarung der pares zu erledigen. Nur das entspricht — ich möchte nicht sagen „der natürlichen Ordnung" des Verhältnisses (Motive IV 105), sondern — unserer Auffassung von dem Verhältnis der Ehegatten zueinander, daß bei erfolglos versuchter Vereinbarung die Entscheidung des Mannes den Ausschlag giebt. Will die Vorschrift auch nichts anderes besagen, so klingt sie doch, als ob die einseitige Entscheidung des Mannes das allein in Betracht zu Nehmende wäre. Das giebt aber ein schiefes

Digitized by Google

Bild von der den Entwurf beherrschenden Auffassung der Ehe. Es würde sich der ganze erste Absatz, dessen zweiter Satz ja überhaupt nur eine — freilich „besonders wichtige" — Folgerung aus Satz 1 ausspricht, erübrigen, wenn in dem zweiten Absatz hinter dem Wort „Ehemannes" der Zusatz „in den das eheliche Leben betreffenden Angelegenheiten" eingeschoben würde. Auch der § 1299 weist in Absatz 3 eine Beweisregelung auf, welche lediglich ihrer „besonderen Wichtigkeit" ihre Aufnahme verdankt; denn inhaltlich ist dieselbe nichts wie eine Anwendung der in §§ 193, 194 niedergelegen Grundsätze auf den hier in Frage stehenden Fall. Derselbe Grund war endlich auch für die Aufnahme der beiden ersten Absätze des § 1314 maßgebend. Dieselben ergeben sich aus der Erwägung, daß durch eine Zwangsvollstreckung in das Ehegut in die Interessensphäre beider Eheleute — der Frau als Eigentümerin, des Mannes als Nutznießer und Verwalter — eingegriffen wird und daß eine Vertretung der Frau durch den Mann auch nicht in Ansehung des Ehegutes statthat. In der That kennt die bestehende Gesetzgebung entsprechende Bestimmungen nicht.

Über gewisse Gegenstände des Ehegutes kann der Ehemann kraft seiner ehelichen Nutznießung in eigenem Namen, nicht in dem der Ehefrau, verfügen (§ 1294). Hingegen kann er kraft seines Verwaltungsrechtes über solche Gegenstände weder im eigenen Namen noch im Namen der Ehefrau verfügen, er müßte denn eine dahingehende Vollmacht derselben haben. Dies ergiebt sich wie aus allgemeinen Erwägungen, so auch aus § 1318, welcher die Fälle des ehemännlichen Verfügungsrechtes aufführt, ist aber zu allem Überfluß noch in Absatz 1 des § 1319 besonders ausgesprochen. Völlig aus dem Rahmen eines Gesetzbuches heraus fällt der zweite Absatz mit der Statuierung:

> Er (der Ehemann) kann von der Ehefrau verlangen, daß diese das Geschäft mit seiner Einwilligung vornehme; die Ehefrau kann dagegen von dem Ehemanne verlangen, daß dieser als ihr Bevollmächtigter der Vornahme des Geschäfts sich unterziehe.

Digitized by Google

Das ist denn doch eine Kleinmalerei, wie sie selbst in dem so oft ins kleinliche sich verirrenden Entwurf fremdartig berührt.

Überaus lehrhaft ist auch der Satz 2 des § 1344 gefaßt. Es handelt sich um Forderungen, welche in das eheliche Gütergemeinschaftsverhältnis fallen. Für dieselben wird die Anwendbarkeit gewisser Vorschriften abgelehnt, welche sonst bei einer Mehrheit von Gläubigern gelten. Das heißt selbstverständlich: die betreffenden Normen werden auf ein Schuldverhältnis, auf welches sie bis dahin nicht anwendbar waren, nicht dadurch anwendbar, daß die Gütergemeinschaft nunmehr die Forderung eines jeden Ehegatten zu einer gemeinschaftlichen macht. Wenn daher bereits vor der Ehe bezw. vor Eintritt der Gütergemeinschaft etwa die Forderung beiden Ehegatten zustand, so bleiben jene Vorschriften natürlich auch des weiteren auf diese — nicht erst durch die Gütergemeinschaft begründete — Mehrheit von Gläubigern anwendbar. Der § 1344 glaubt dies besonders hervorheben zu müssen, indem er sich nicht mit der Konstatierung begnügt, daß gewisse Vorschriften nicht Anwendung finden, sondern noch hinzufügt, worauf, nämlich auf die durch die Gütergemeinschaft in der Person der Ehegatten eintretende Mehrheit von Gläubigern einer zu dem Gesamtgute gehörenden Forderung!

Der § 1405 beantwortet die Frage, aus welchen Gründen die Descendenten die Auflösung der fortgesetzten Gütergemeinschaft fordern dürfen, und erkennt ihnen dieses Recht aus denselben Gründen (Nr. 1—4) zu, aus denen die Ehefrau die Auflösung der Gütergemeinschaft zu verlangen berechtigt ist. Die in letzterer Beziehung gegebenen Vorschriften sind daher wörtlich anwendbar mit der einzigen Modifikation, daß es sich nicht um die Gemeinschaft zweier Ehegatten, sondern um die Gemeinschaft zwischen einem Ehegatten und Descendenten aus der Ehe handelt. Wenn irgendwo, so ist hier ein Fall gegeben, wo die Art, wie sich die analoge Anwendung im konkreten Fall gestaltet, einem Zweifel kaum ausgesetzt ist. Trotzdem begnügt sich unser Paragraph nicht mit der einfachen Verweisung auf die entsprechende Anwendbar-

Digitized by Google

keit des § 1372, sondern führt selbst aus, in welcher Weise sich letzterer bei seiner analogen Anwendung auf den vorliegenden Fall modifiziert. Das ist denn doch das Mißtrauen gegen die Fähigkeit der zur Rechtsanwendung berufenen Organe ein wenig gar zu weit getrieben.

Noch krasser aber tritt dasselbe hervor bei der Aufzählung der Fälle, in denen vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist, einmal für den Vormund (§ 1674) und alsdann für den Vater (§ 1511); die Nrn. 1, 2, 3, 9, 10, 11, 12, 14 jenes Paragraphen entsprechen wörtlich und buchstäblich den Nrn. 1/9 des letzteren Paragraphen nur mit der einzigen Abänderung, daß wo hier von „Kind", dort von „Mündel" die Rede ist (§ 1674 Nr. 6, 10, § 1511 Nr. 4, 6). Was wir soeben an den §§ 1405, 1674 aufgewiesen haben, kehrt in dem Entwurf noch öfter wieder[1], vor allem in den Normen über die verschiedenen ehelichen Güterrechte, über die Adoption und die Legitimation (vergl. besonders §§ 1589, 1613), allein das Excessive des sich darin bekundenden Strebens, die Rechtsanwendung Schritt für Schritt zu leiten, wie ein Kind zu gängeln, auf daß sie nicht strauchelt, macht sich so zwingend wie gerade hier doch nicht wieder geltend.

Der Anspruch auf Unterhaltsgewährung setzt Vermögenslosigkeit des Alimentanden voraus. Unter Vermögenslosigkeit ist aber nicht nur der Mangel von Vermögen, sondern auch das ausschließliche Vorhandensein von solchem Vermögen zu verstehen welches zur Bestreitung des Unterhaltes nicht verwertet werden kann. Auch dies führt der Entwurf fein säuberlich aus (§ 1481 Absatz 2).

Wenn das Gesetz gewisse Veräußerungsgeschäfte bezüglich des Kindesgutes an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes knüpft, so folgt daraus, daß die unter diese Vorschrift fallenden Geschäfte auch nicht in der Weise jenem Erfordernis entzogen werden können, daß der Vater die betreffenden Vermögensstücke

[1] Vergl. auch oben S. 44.

Digitized by Google

dem Kinde überläßt und dieses sie dann veräußert; das wäre die auf einem Umwege erfolgte Herbeiführung des gesetzlich gemißbilligten Erfolges — Heraustreten gewisser Stücke aus dem Vermögen des Kindes ohne richterliche Kognition — ein Handeln in fraudem legis: salvis verbis legis sententiam eius circumvenit (l. 29 D. de leg. 1, 3). In der That soll wohl auch der § 1512 weniger diesem Gedanken Ausdruck verleihen, als vielmehr in der Form dieser selbstverständlichen Verneinung die weniger selbstverständliche Positive aussprechen, daß der Vater dem Kinde Gegenstände, zu deren Veräußerung es der gerichtlichen Genehmigung nicht bedarf, zur freien Verfügung überlassen kann. Diese Überlassung charakterisiert sich als eine allgemeine Einwilligung des Vaters zu einem Kreise von Geschäften, welche das Kind künftig vornehmen mag. Diese generelle Erteilung der Einwilligung könnte als mit dem Zweck der vom Gesetz geforderten Einwilligung in die Rechtsgeschäfte Minderjähriger unvereinbar erachtet und darum insbesondere jene Überlassung zur freien Verfügung in ihrer Rechtsbeständigkeit angezweifelt werden. Allein diesem Bedenken der Motive IV 768 steht doch gegenüber, daß die Rechtsbeständigkeit sich schon aus dem sonst völlig inhaltlosen § 69 ergiebt. Dasselbe gilt von dem § 1677, der eine entsprechende Bestimmung für das Vormundschaftsrecht aufstellt.

Zur Wirksamkeit des Adoptionsvertrages bedarf es der Bestätigung desselben durch das Gericht. Daraus ergiebt sich einmal, daß er, soweit nicht das Gesetz etwas anderes verfügt, vorher noch keine Wirkung äußert, alsdann aber auch, daß mit der Bestätigung seine Wirksamkeit (bei dem Vorliegen aller ihrer Voraussetzungen) auch sofort eintritt. Nun bestimmt das Gesetz wohl in ersterer Beziehung eine Abweichung — relative Wirksamkeit vor der Bestätigung (Satz 3 des § 1617) —, nicht aber in letzterer. Danach ergiebt sich, daß insbesondere die Wirksamkeit nicht noch über den Zeitpunkt der Bestätigung hinaus etwa bis zur Eintragung der fraglichen Thatsache in das standesamtliche Register hinausgeschoben bleibt. Der Entwurf aber glaubt noch besonders in dem zweiten Satz fürsorglich, wie er

Digitized by Google

einmal ist, bestimmen zu sollen, was sich schon beim Schweigen des Gesetzes als selbstverständlich ergeben würde:

Mit der Bestätigung tritt die Annahme an Kindes Statt in Kraft.

Nach § 1608 können Ehegatten eine Person als gemeinschaftliches Kind annehmen und nach § 1601 verschafft die Adoption dem Angenommenen die Stellung eines ehelichen Kindes. Daraus folgt, daß wenn beide Ehegatten ein Kind gemeinschaftlich adoptieren, es als gemeinschaftliches eheliches Kind beider Ehegatten gilt. Dies spricht der § 1621 mit Rücksicht darauf noch ausdrücklich aus, daß gerade derartige gemeinsame Adoptionen durch Ehegatten am häufigsten vorzukommen pflegen, — als ob dies Moment für sich allein die Statuierung einer ohnehin selbstverständlichen Konsequenz im Gesetz zu rechtfertigen vermöchte. In der That haben die neueren Gesetzgebungen es nicht für angemessen erachtet, eine solche zweifellose Folgerung ausdrücklich zu normieren. Unzuträglichkeiten irgendwelcher Art sind, soweit bekannt geworden, hieraus nirgends erwachsen. Nach § 1620 erstrecken sich die Wirkungen der Adoption auf gewisse Abkömmlinge des Adoptierten nicht. In § 1622 Absatz 1 und 2 wird der Einfluß der Adoption auf die Namensführung ausgeführt. Diese Bestimmungen können sich daher auf jene Abkömmlinge nicht beziehen; sie behalten mangels jedes Grundes zur Änderung selbstverständlich ihren bisherigen Familiennamen. Der Absatz 3 konstatiert dies besonders: wer nicht mit adoptiert ist, behält seinen Familiennamen!

Aus § 1601 Absatz 1 in Verbindung mit §§ 1501, 1502 folgt, daß der Adoptierende, wenn der Angenommene minderjährig ist, die elterliche Gewalt über denselben erlangt. Ferner ist die elterliche Gewalt ihrem Wesen nach ein auf Ausschließlichkeit angelegtes Verhältnis. Daraus ergiebt sich mit Notwendigkeit, daß die leiblichen Elternteile ihre bisherige Gewalt verlieren, wie in § 1626 Satz 1 noch ausdrücklich zu lesen.

Der Vormund ist in der Vermögensverwaltung insoweit frei, als er nicht durch positive Bestimmung in derselben be-

Digitized by Google

schränkt ist. Eine solche Beschränkung ist beliebt für Gelder, welche nicht für laufende Ausgaben erforderlich sind (§ 1664 Absatz 1); dieselben sind in bestimmter Weise anzulegen. Daraus folgt, daß er in der Verwaltung von Geldern, die zu den laufenden Ausgaben erforderlich sind, frei ist; kann daher insbesondere ihre Verwendung für die laufenden Ausgaben nicht sogleich, sondern erst nach einiger Zeit erfolgen, so hat der Vormund freies Ermessen bezüglich ihrer Belegung. Auf demselben Standpunkt steht die Preußische Vormundschaftsordnung. Bezeichnend ist nun für die Verschiedenheit der legislativen Technik von damals und heute, daß erstere einer ausdrücklichen Konstatierung glaubte entraten zu können, der Entwurf hingegen der Bestimmung dessen einen eigenen § 1668 widmet.

Mangels der Vorschrift einer besonderen Form kann die Einladung der Mitglieder des Familienrates irgend beliebig erfolgen. Insbesondere ist sowohl mündliche wie schriftliche Einladung zuzulassen. Dies spricht der § 1721 in seinem zweiten Satz aus, während er die ungleich zweifelhafteren Fragen über die Wahrung einer angemessenen Ladungsfrist, über den Versammlungsort[1] mit Stillschweigen übergeht.

Der § 1768 setzt den Fall voraus, daß ein unlösbarer Zweifel darüber vorliegt, welche von den mehreren Personen, die mit der von dem Erblasser gewählten Bezeichnung gemeint sein können, als Vermächtnisnehmer gedacht ist. Was nicht in objektiver Weise feststellbar ist, existiert für das Recht nicht. Daher fehlt es in einem solchen Fall der Verfügung rechtlich an einem Bedachten, also an einem wesentlichen Erfordernis. Dieselbe ist mithin notwendig nichtig. Folgt dies aber bereits aus den allgemeinen Grundsätzen, so hätte die Frage einer gesetzlichen Normierung nur bedurft, wenn eine abweichende Rege-

[1] Bezüglich des Ortes des Zusammentrittes erscheint die Ausführung der Motive, daß weil der Familienrat die rechtliche Stellung des Vormundschaftsgerichts hat, dieselben Vorschriften maßgebend seien, nach welchen sich der Ort für die amtliche Thätigkeit des Vormundschaftsrichters bestimmt, überaus anfechtbar.

Digitized by Google

lung beliebt worden wäre, z. B. Teilung unter den mehreren Prätendenten. Es ist nicht recht verständlich, wenn die Motive V 33 die Bestimmung um deswillen für erforderlich erachten, weil sonst lediglich die Beweislage entscheiden würde, unter Umständen also der erste Zugriff und die daraus sich ergebende Parteistellung. Unsere Vorschrift vermag hieran nichts zu ändern im Verhältnis der mehreren in Betracht kommenden Personen zueinander; denn wenn Kläger kein Recht darzuthun vermag, bleibt Beklagter im Besitz: actore non probante absolvitur reus. Derjenige aber, der ohne die fragliche Verfügung auf das in Händen eines der Prätendenten befindliche Objekt berechtigt ist, also regelmäßig der Erbe, braucht, wenn er auf dasselbe Klage erhebt, nur die sein Recht begründenden Thatsachen nachzuweisen. Sache des Gegners ist es dann, die ihn zum Behalten berechtigende Verfügung darzuthun, also, wenn Kläger das Vorhandensein mehrerer Personen, auf welche die Bezeichnung des Bedachten zutrifft, nachweist, insbesondere diejenigen Umstände klarzulegen, welche gerade ihn als den von dem Erblasser Gemeinten erscheinen lassen. Niemals aber braucht Kläger, wie die Motive anzunehmen scheinen, nachzuweisen, was ihm allerdings im Regelfalle völlig unmöglich wäre, daß Beklagter nicht der Gemeinte sei[1].

Der § 1778 liefert ein charakteristisches Beispiel, wie gefährlich die Aufnahme lehrhafter Folgerungen in ein Gesetz werden kann. Derselbe soll lediglich eine Anwendung des in § 73 enthaltenen allgemeinen Grundsatzes auf erbrechtliche Verfügungen enthalten, so daß auch bei diesen der wirkliche Wille, nicht der buchstäbliche Sinn des Ausdrucks maßgebend sein soll. Der besondere Ausspruch dessen auf dem Gebiet des Erbrechts soll rätlich sein wegen der großen Bedeutung des Satzes gerade auf diesem Gebiet. Allein die Auslegung wird, wie die Er-

[1] Der erste Satz der Motive zu § 1768 V 32 weist einen sinnentstellenden Druckfehler auf; die Worte „der Anordnung" gehören zu „keine Folge geben".

Digitized by Google

fahrung lehrt, geneigt sein, in der besonderen Statuierung auch eine sachliche Besonderheit zu suchen, und wird sie um so gewisser finden, als die Fassung der Bestimmung auf alles andere eher hinweist als eine bloße Wiederholung des § 73 für ein Specialgebiet. Wir stellen beide Vorschriften nebeneinander:

§ 73.	§ 1778.
Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdruckes zu haften.	Läßt der Inhalt einer letztwilligen Verfügung verschiedene Auslegungen zu, so ist im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, bei welcher die letztwillige Verfügung Erfolg haben kann.

Der § 1778 erscheint mehr als eine Anerkennung der letztwilligen Verfügung als causa favorabilis, denn als erbrechtlicher Ausdruck des § 73. Höchst eigentümlich ist übrigens die weniger auf die rechtliche wie auf die thatsächliche, insbesondere die ökonomische Seite hinzielende Wendung „Erfolg haben".

Der § 1781 scheidet sehr präcis zwischen dem auf die Vergangenheit und dem auf die Gegenwart sich beziehenden Irrtum, zwischen der Voraussetzung des Eintrittes oder Nichteintrittes eines künftigen Ereignisses oder eines rechtlichen Erfolges, — sehr korrekt, wie gesagt, aber mangels verschiedener Behandlung dieser mannigfachen Gestaltungen leider ohne ersichtlichen praktischen Wert. Es ist damit nur der Theorie vorgearbeitet. Übrigens ist es auch recht inkorrekt, wenn der Absatz 2 von dem Irrtum, welcher aus der Verfügung zu entnehmen ist, spricht. Der Irrtum d. h. die Divergenz zwischen Vorstellung und Wirklichkeit kann niemals aus der Verfügung entnommen werden. Nur das etwa ist derselben zu entnehmen, daß eine gewisse Thatsache unterstellt ist, welche das Motiv für jene Verfügung wurde. Daß dieselbe in Wirklichkeit nicht vorlag, also ihre Unterstellung einen Irrtum enthielt, ergiebt niemals die Verfügung für sich, sondern anderweite außer ihr liegende Momente[1].

[1] Vergl. auch unten S. 191.

Digitized by Google

Der § 1788 enthält ebenfalls eine Anwendung des in § 73 ausgesprochenen Grundsatzes. Der Absatz 1 besagt, daß Erbe ist, wen der Erblasser dazu ernannte, auch wenn er ihn dabei nicht gerade als Erbe bezeichnete, und umgekehrt verfügt der zweite Absatz, daß auch die Bezeichnung als Erbe nicht notwendig darauf hinweise, daß der so Bezeichnete gerade Erbe sein sollte. Gewiß das Leben verwendet Ausdrücke, die ihm das Gesetz als technische bietet, häufig nicht — zumal wenn dieselben so tendenziös-gesucht gebildet sind, wie zahlreiche des Entwurfes — und verwendet manche technischen Gesetzesausdrücke in anderem Sinne als das Gesetz. Welcher halbwegs verständige Richter würde diese Wahrheit wohl beim Fehlen des § 1788 verkennen?

Der § 1789 lautet:

> Ist ein Erbe ohne Einsetzung eines Miterben eingesetzt und die Einsetzung nicht auf einen Bruchteil der Erbschaft beschränkt oder ist im Fall der Einsetzung mehrerer Erben die Einsetzung mindestens eines derselben nicht auf einen Bruchteil der Erbschaft beschränkt, so ist die gesetzliche Erbfolge ausgeschlossen[1].

Dieser Satz ist so, wie er dasteht, nichts wie ein selbstverständlicher Schluß aus dem folgenden § 1790. Die Motive V 62 erklären dessen Aufnahme behufs ausdrücklichen Ausspruches des Grundsatzes von der ausschließenden Natur einer solchen Erbeseinsetzung für zweckmäßig, weil der Fall nicht selten ist, daß der Erblasser zwar will, es sollen der oder die Benannten den ganzen Nachlaß behalten, dieser Wille aber nicht Ausdruck gefunden hat. Ob wirklich in solchen Fällen mit dieser Bestimmung etwas geholfen wäre, ist nach ihrer eigentümlichen Fassung doch überaus zweifelhaft. Man vergleiche damit die entsprechende Norm des Preußischen Landrechts (§ 254 I 12), um zu ermessen, mit wie schwerem Opfer an Klarheit, Einfachheit und Wucht wir eine vermeintlich größere juristische Präcision der Fassung erkauft haben:

[1] Der Zusatz „ohne Einsetzung eines Miterben" ist jedenfalls sachlich völlig überflüssig.

Digitized by Google

Hat jemand einer oder mehreren Personen seinen Nachlaß dergestalt beschieden, daß die Absicht, ihnen den ganzen Inbegriff desselben allein zuwenden zu wollen, daraus erhellt, so sind die gesetzlichen Erben für gänzlich ausgeschlossen zu achten.

Der § 1793 verfügt die verhältnismäßige Minderung der das Ganze übersteigenden Bruchteile, zu welchen die Erben berufen sind. Daß beim Fehlen dieser Vorschrift ernstlich der Zweifel würde entstehen können, ob die Verfügung nicht als in sich widerspruchsvoll ungültig sei, muß im Interesse des Ansehens unserer Rechtspflege denn doch auf das entschiedenste bestritten werden; auch ohne jene gesetzliche Bestimmung würde dieselbe zweifellos zu demselben Ergebnis gelangen. Das ist nicht Behauptung gegen Behauptung, sondern beweisbare Behauptung gegen unbeweisbare Unterstellung. Den Beweis liefert die Praxis derjenigen Rechtsgebiete, welche eine solche Norm nicht aufweisen, so insbesondere des Landrechtsgebiets, wo niemals ein bezüglicher Zweifel aufgetaucht ist. Danach bleibt als ernsthafter Grund für die Vorschrift lediglich der, daß sie eine „Grundlage" abgiebt für die folgenden Paragraphen, also wieder einmal das Streben nach theoretischer Abrundung.

Die Motive V 141 erkennen an, daß der die Nichtigkeit eines Vermächtnisses mit unbestimmbarem Objekt statuierende § 1847 im wesentlichen einen rechtswissenschaftlichen Satz enthält. Allein der Satz soll doch um deswillen notwendig sein, weil der § 352 Aufnahme gefunden hat und dieser sich nur auf Verträge bezieht. Es ist jedoch bereits oben — S. 126 — nachgewiesen worden, daß auch die letztere Vorschrift nicht in das Gesetz gehört.

Der § 1865 Satz 1 verfügt, daß aus dem Vermächtnis nur ein Forderungsrecht für den Bedachten erwächst. Daraus ergiebt sich die Ablehnung jeder dinglichen Wirkung des Vermächtnisses, mag auch das Vermächtnisobjekt zum Nachlaß gehören. Dieselbe ist jedoch in dem zweiten Satz besonders aus-

Digitized by Google

gesprochen „mit Rücksicht auf die schwerwiegende Abweichung von dem geltenden Rechte", die aber bereits der erste Satz mit aller nur irgend wünschenswerten Deutlichkeit erkennen läßt. Allein der zweite Satz erfüllt noch eine weitere selbständige Aufgabe, indem er die absolute Natur der Vorschrift des ersten Satzes erkennen läßt. Das meinen wenigstens die Motive V 176. Sofern darin liegen soll — und es soll anscheinend darin liegen —, daß dies durch ihn in höherem Maße geschehe als durch den ersten Satz, so ist dies eine völlig unverständliche Behauptung. Bereits die Fassung des letzteren, insbesondere das Wörtchen „nur", weist mit genau derselben Bestimmtheit auf die zwingende Natur der Vorschrift wie Satz 2. Zugleich ist aber die Fassung des letzteren nicht ganz ungefährlich. Der von dem Entwurf adoptierte Grundsatz der lediglich obligatorischen Wirkung des Vermächtnisses enthält, wie bemerkt, eine tiefgreifende Neuerung. Das in dem entgegengesetzten Grundsatz des bestehenden Rechts erwachsene Rechtsbewußtsein wird erfahrungsgemäß mit Bereitwilligkeit jeden Anhalt benutzen, dinglich wirkenden Vermächtnissen Anerkennung zu verschaffen. Und der Satz 2 enthält einen solchen Anhalt. Derselbe lehnt den unmittelbaren Übergang des den Gegenstand des Vermächtnisses bildenden Rechtes auf den Vermächtnisnehmer auch dann ab, wenn das Recht zum Nachlaß gehört. Nun bildet nach der sonstigen Ausdrucksweise des Entwurfes das Vermächtnis eines Rechtes den Gegensatz zum Vermächtnis einer Sache; wo der Entwurf Sachen und Rechte zusammenfassen will, spricht er von Gegenständen. Wie nahe liegt nun die Gefahr, daraus, daß der Satz nur von dem Vermächtnis eines zum Nachlaß gehörigen Rechtes spricht, einen Gegensatz für das Vermächtnis einer zum Nachlaß gehörigen Sache zu deduzieren. Der Grund, aus dem der Entwurf statt von „Gegenstand" von „Recht" spricht, ist wohl vor allem darin zu sehen, daß das erstere Wort in dem Satz bereits anderweit verwandt ist. Allein dem wäre doch leicht genug abzuhelfen, etwa indem die Worte „des den Gegenstand des Vermächtnisses bildenden Rechtes" ersetzt würden durch

Digitized by Google

„des Gegenstandes des Vermächtnisses" und die Worte „das Recht" durch „der Gegenstand".

Der Fortfall des Beschwerten ist für die Wirksamkeit des Vermächtnisses bedeutungslos (§ 1876 Satz 1). Dasselbe bleibt also, so wie es ist, aufrecht erhalten mit allen seinen Qualitäten und in seinem bisherigen Umfang; Änderungen erleidet es weder zu Gunsten noch zu Ungunsten des Bedachten. Ist insbesondere ein Vermächtnis beschwert, so haftet der in die Last etwa Nachrückende nur in demselben Maße, wie der Vermächtnisnehmer gehaftet haben würde. Diese notwendige Konsequenz aus dem ersten Satz glaubt der Entwurf in dem wunderlich gefaßten Absatz 2 noch besonders „verdeutlichen" zu müssen.

Der Erbeinsetzungsvertrag geht, wie die Bezeichnung sagt, auf Einsetzung eines Erben; das Recht des Erblassers, unter Lebenden über sein Vermögen zu verfügen, wird dadurch ebensowenig berührt wie beim Testament. Daß dies der Standpunkt wie des geltenden Rechts, so auch des Entwurfes ist, ergiebt der § 1952, welcher gewisse Modifikationen desselben normiert. Trotzdem spricht den Satz selbst der § 1951 noch ausdrücklich aus:

> Durch den Erbeinsetzungsvertrag wird das Recht des Erblassers, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen, nicht beschränkt.

Der erste Absatz des § 1975 bestimmt den Pflichtteil dahin, daß er die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils der Pflichtteilsberechtigten erreichen soll, also bei Deszendenten die Hälfte ihres Kindeserbteils, bei Aszendenten die Hälfte ihres Elternerbteils, beim Ehegatten die Hälfte des ihm als solcher zustehenden Erbteils. Erbt der Ehegatte außerdem als Verwandter (§ 1971), so ist dies ein besonderer Erbteil (§ 1971 Absatz 2 Satz 2) und daher für die Berechnung des Pflichtteils nicht maßgeblich. Ebensowenig kann der im dritten Absatz des § 1971 dem Ehegatten zugewiesene Voraus bei Berechnung des Pflichtteils in Betracht gezogen werden, da dieser ihm zwar als Ehegatten, aber nicht als Teil des gesetzlichen Erbteils, dessen Wert der Pflichtteilsberechnung zu Grunde zu legen ist, sondern als Vermächtnis

Digitized by Google

(§ 1971 Absatz 3 Satz 2) zukommt. Der Absatz 2 des § 1975 statuiert dies nun noch einmal besonders und mit der eigentümlichen, die Sache nicht gerade verdeutlichenden Wendung, daß der Pflichtteil sich auf diese Gegenstände nicht erstrecke.

Im § 1975 hat sich der Entwurf klar genug dafür entschieden, den Pflichtteil nicht als Erbfolgerecht, sondern als Wertanspruch wirken zu lassen. Daraus ergiebt sich zweierlei. Einmal, daß das Pflichtteilsrecht auf die von dem Erblasser verfügte Ordnung der Erbfolge keinen Einfluß hat. Selbst den Ausspruch dieser negativen Kehrseite jenes positiven Satzes erspart uns der Entwurf nicht (§ 1976 Absatz 1). Alsdann, daß das Pflichtteilsrecht nur einen Anspruch auf eine Geldleistung gewährt (Absatz 2). Letzterer Satz ergiebt sich übrigens auch noch aus den §§ 1979 ff., welche dem in ihm enthaltenen Rechtsgedanken den ihn zur praktischen Anwendung erst geschickt machenden näheren Inhalt geben. Ebenso enthält der § 1978 nur einen Folgesatz aus den §§ 1975/1976 und ist im wesentlichen aufgenommen, um „ein vollständiges Bild zu gewähren" (Motive V 391), d. h. um der theoretischen Abrundung willen. In § 1977 sind die Worte „ohne nähere Bestimmung" überflüssig. Nach demselben soll im Zweifel die Zuwendung des Pflichtteils ohne nähere Bestimmung nicht als Erbeinsetzung angesehen werden. Liegt eine nähere Bestimmung d. h. ein Zusatz, welcher Aufschluß über die bei der Zuwendung des Pflichtteils bestehende Absicht in der hier fraglichen Richtung gewährt, vor, so fehlt eben die Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift, der Zweifel.

Nach § 1994 Satz 1 haften mehrere Erben für den Pflichtteilsanspruch nach Verhältnis ihrer Erbteile; dies erhellt aber bereits daraus, daß der Entwurf, worüber er keinen Zweifel läßt (vergl. §§ 2092, 2117, 2133), die Pflichtteilslast als Nachlaßverbindlichkeit betrachtet und behandelt. Ebenso ist der zweite Satz des Paragraphen, welcher dem Erblasser die Möglichkeit offenhält, für das Verhältnis der Erben zueinander wirksam

Digitized by Google

eine andere Art der Haftung zu bestimmen, nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß der Erbe an die Verfügungen des Erblassers gebunden ist.

Zu § 2037 wird bestimmt, daß in der Annahme und Ausschlagung des einen Erbteiles auch die Annahme und Ausschlagung eines anderen, aus demselben Delationsgrunde anfallenden Erbteils liegt. Daraus folgt, daß soweit die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht, jeder Erbteil für sich der Annahme und Ausschlagung unterliegt. Dies besagt § 2037 wohl wesentlich, um einen Übergang vom ersten zum zweiten Satz herzustellen, welcher aber bei leichter Änderung des Wortlautes auch ohne jenen Zwischensatz herzustellen ist.

Der erste Absatz des § 2042 stellt den Grundsatz auf, daß bei Ausschlagung der Erbschaft der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt. Es fällt also die Erbschaft demjenigen an, der berufen gewesen wäre, wenn der Ausschlagende den Erblasser nicht überlebt hätte, und es ist der weitere Anfall rechtlich so zu behandeln, als ob er mit dem Erbfalle erfolgt sei. Beide Folgesätze des an die Spitze gestellten Prinzipes sind „der Deutlichkeit wegen" in dem zweiten Absatz Satz 1 und 2 ausgesprochen; gerade hier zeigt sich aber die öfter hervorgehobene Gefahr, welche in der willkürlichen Normierung einzelner Folgesätze liegt, besonders scharf: die Auslegung wird geradezu verführt in ihnen positive Besonderheiten zu sehen, da sie als bloße Konsequenzen zu selbstverständlich wären, um die ausdrückliche Statuierung erklärlich zu machen, und darauf falsche Schlüsse über Sinn und Bedeutung des ersten Absatzes aufzubauen.

Ein Schaustück seiner Lehrhaftigkeit bietet aber der Entwurf in § 2111. Es bedarf nur der Anführung desselben, um den Doktrinarismus, der denselben beherrscht, ins volle Licht zu setzen; er lautet folgendermaßen:

> Die Verfügungen des Erben über Nachlaßgegenstände werden durch die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß nicht unwirksam.

Eine vor fast fünfzig Jahren als verfehlt durch Gesetz auf-

Digitized by Google

gehobene widersprechende Bestimmung des Preußischen Landrechts[1] muß dazu herhalten, um die Aufnahme jener Bestimmung wenigstens historisch zu rechtfertigen (Motive V 625)!

Zum Schluß seien noch einige demselben doktrinären Geiste entstammende Kleinigkeiten zusammengestellt. Dahin gehören die oft wiederkehrenden Wendungen „wenn und soweit" (§§ 296, 1660), wenn und solange (§ 884), auf der einen oder anderen Seite, der eine oder der andere Teil (§§ 363, 1905), einer oder mehrere (§§ 1384, 1889, 711, 712), ganz oder zum Teil (§ 1905), ganz oder teilweise (§ 290), beide Ehegatten oder einer derselben (§ 1257), der Ehemann oder die Ehefrau oder beide Ehegatten (§ 1282; vgl. auch § 1342), beide Verlobte oder auch nur einer derselben (§ 1246), das Ganze oder ein Bruchteil (§§ 777, 349, 350, 993, 1043; vergl. auch §§ 1389 Absatz 1, 345 Absatz 2). All diese Specialisierungen werden aber übertrumpft durch § 1063, der da besagt, was er von dem Bruchteil eines Grundstücks verfüge, das gelte auch von dem Bruchteile eines Anteils dieses Grundstücks!

Damit hätten wir zum drittenmal unsere Wanderung durch den Entwurf beendet und wieder hat sie manche Ausbeute gewährt. Sicher ist, daß der Fund auch diesmal nicht annähernd erschöpfend ist, aber nicht minder sicher, daß das Gefundene einen sprechenden weiteren Beitrag dazu liefert, wie tief der Entwurf in Voreingenommenheit und Doktrinarismus steckt. Treten wir die Wanderung zum viertenmal an: sie bringt uns neue Ausbeute.

---

[1] A. L. R. §§ 447/451 I 9, Verordnung vom 28. März 1840.

Digitized by Google

Viertes Kapitel.

Kuriositäten. — Was nun?

Unsere bisherigen Erörterungen hatten Bestimmungen zum Gegenstande, für deren Aufnahme — Notwendigkeit, Angemessenheit, Nätlichkeit — immerhin ein (wenn auch noch so schwacher) sachlicher Grund sich absehen ließ. Bei der erneuten Wanderung, zu der wir uns anschicken, wird uns eine größere Anzahl von Normen begegnen, bei denen auch der Schein eines solchen völlig fehlt. Konnten jene daher noch Gegenstand der Diskussion sein, so sind letztere lediglich Gegenstand der Verwunderung.

Zuvörderst begegnet uns eine Gruppe von Vorschriften, welche lediglich allgemeine Naturwahrheiten, Naturgesetze in der Form positiver Satzungen aussprechen. Das Naturgesetz aber, als menschlicher Einwirkung und Willkür entrückt, läßt eine Verletzung, ein Zuwiderhandeln überhaupt nicht zu; wozu also deren Aufnahme in ein Gesetzbuch? Welche Verwirrung durch die Aufnahme solch fremdartiger Bestandteile angerichtet werden kann, haben wir an dem Satz der römischen Quellen „impossibilium nulla est obligatio“ [1] erfahren, der eine allgemeine logische Wahrheit enthält, aber bis in die neueste Zeit als Rechtssatz aufgefaßt wurde. Als ob aber dieser Satz einen unwidersteh-

[1] Vergl. Hartmann, Juristischer Kasus S. 4.

Digitized by Google

lichen Reiz auf die Gesetzgebung ausübte, finden wir ihn in unserem Entwurf wieder.

§ 344.

Ist der Vertrag auf eine Leistung gerichtet, welche unmöglich ... ist ..., so ist derselbe nichtig.

§ 1853.

Ist durch Vermächtnis eine Leistung zugewendet, welche zur Zeit des Erbfalles unmöglich ... ist ..., so ist das Vermächtnis nichtig.

Damit nicht genug. Gelöst ist damit noch nicht die Frage, wie es bei einer nachträglich eintretenden Unmöglichkeit sich verhält. Das Geschäft ist rechtsgültig zu stande gekommen, die Verpflichtung erwachsen. Wenn nun die Leistung unmöglich wird, so kann aus natürlichen Gründen auch kein Recht der Welt die Fortdauer der Verpflichtung zu dieser Leistung statuieren. Denn das hieße Unmögliches normieren. Dabei ist es gleichgültig, ob die Unmöglichkeit infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden oder infolge eines von demselben nicht zu vertretenden Umstandes eingetreten ist. Es ist daher ein wunderlicher Rechtssatz, den § 237 uns bietet:

Der Schuldner ist zur Leistung nicht verpflichtet, solange die Leistung infolge eines nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich ist.

Genau dasselbe ist der Fall, wenn die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist! Eine andere Frage hingegen ist es, ob der Schuldner durch das Unmöglichwerden der Leistung von seiner Verbindlichkeit aus dem Schuldverhältnis überhaupt frei wird, so daß auch von einem Ersatzanspruch keine Rede ist. Dies ist der Fall, wenn die Unmöglichkeit eingetreten ist infolge eines von dem Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes. Denn wäre er in dem Fall einer solchermaßen herbeigeführten Unmöglichkeit zur Ersatzleistung gehalten, so würde eben der Umstand von ihm — mit seinem Vermögen — zu vertreten sein.

Digitized by Google

Geradezu unglaublich ist der § 786. Es handelt sich um einen durch Naturgewalt losgerissenen Erdkörper. Derselbe ist mit einem anderen Grundstück vereinigt. Eine Unterscheidung desselben von diesem Grundstück ist nicht mehr möglich. Mit dem Moment, in dem dies eintritt, liegt nicht mehr ein einheitliches Grundstück mit einem Ansatz eines fremden Erdkörpers, sondern nur mehr ein einheitliches Grundstück vor. Dies verfügt der § 786 als Rechtsnorm:

> Ein Erdkörper, welcher durch Naturgewalt von einem Grundstück losgerissen und mit einem anderen Grundstücke vereinigt ist, wird ein wesentlicher Bestandteil des letzteren, wenn . . . seine Unterscheidung von diesem Grundstücke nicht mehr möglich ist.

Der Begriff der Unbeweglichkeit ist an sich als ein rein natürlicher für das Recht bereits gegeben, die Natur bietet ihn demselben dar in den Grundstücken. Die Motive zu § 781, welcher das ausdrücklich statuiert, meinen, daß der Entwurf auf einen den Gegensatz zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen klar stellenden Ausspruch schon um deswillen nicht wohl habe verzichten können, weil verschiedene Vorschriften des allgemeinen Teiles, des Obligationen- und des Familienrechts nur für die eine oder die andere Kategorie von Sachen gegeben sind, ganz abgesehen davon, daß die sachenrechtlichen Normen mit nur wenigen Ausnahmen diesen Gegensatz zur Voraussetzung haben. (III 36). Ja wohin würde es wohl führen, wenn der Gesetzgeber alle die Begriffe, welche Voraussetzungen der von ihm statuierten Normen sind, in Definitionen niederlegen wollte? Bei den allerelementarsten, grundlegendsten würde es gar nicht, bei vielen anderen nur mit unsäglichen Schwierigkeiten geschehen können. Man denke nur an die Begriffe Vorstellung, Wille, Freiheit! In der That hätte es einer Feststellung des Begriffes „Unbewegliche Sachen" nur bedurft, wenn das Gesetz Veranlassung genommen hätte von dem natürlichen Begriff abzuweichen. Hingegen die Konstatierung: Unbewegliche Sachen

Digitized by Google

sind die Grundstücke, enthält eine bloße Bestätigung des natürlichen Begriffes und ist darum völlig überflüssig.

Der § 1245 bestimmt in seinem zweiten Absatz, daß wenn ein Standesbeamter bei der Schließung seiner eigenen Ehe als Standesbeamter handelt, er nicht als Standesbeamter gilt. Allein ein solches Handeln ist nach der in § 1248 normierten Form des Eheschlusses aus natürlichen Gründen schlechthin undenkbar. Denn danach müssen die Nupturienten den Willen der Eheschließung vor dem Standesbeamten erklären. Wie niemand vor sich selbst erscheinen, so kann auch niemand vor sich selbst etwas erklären.

Die Conceptionszeit läuft vom 181. bis 300. Tage vor der Geburt (§ 1467). Der vor der Geburt eines Kindes liegende Teil dieser Frist kann für die Conception eines nachher geborenen Kindes aus natürlichen Gründen nicht in Betracht kommen; notwendig muß daher die vor die erste Entbindung fallende Zeit bei der Berechnung der Conceptionszeit des zweitgeborenen Kindes außer Berechnung bleiben. Diese gynäkologische Wahrheit spricht der Absatz 2 des § 1467 ausdrücklich aus und der § 1572 wiederholt dies noch einmal für uneheliche Kinder. Die Motive IV 650 freilich erachten beim Schweigen des Entwurfes Zweifel für leicht möglich, also die Rechtsanwendung nicht für fähig ohnedies herauszufinden, daß das zweite Kind aus einem Beischlaf, welcher vor die frühere Geburt fällt, nicht herrühren kann![1].

Der § 1369 statuiert in seinem zweiten Satz die Verpflichtung der Ehefrau zu einer Leistung aus dem Vorbehalts- oder aus dem Sondergute mit dem Zusatz, *sofern dieses Vorbehaltsgut oder Sondergut hat*. Nun, wenn sie solches nicht hätte, dann sollte es ihr freilich schwer werden, aus ihm eine Leistung zu machen.

Der § 1557 führt die Gründe der Endigung der elterlichen

[1] Vergl. Gierke a. a. O. S. 886.

Digitized by Google

Gewalt auf und strebt auch hier nach der Vollständigkeit des Lehrbuches. Da wird erwähnt, daß die elterliche Gewalt durch den Tod des Kindes endet. Aber auch der Tod des Gewalthabers durfte nicht unerwähnt bleiben; bezüglich des Vaters als Gewalthabers ist dies bereits in § 1501 zum Ausdruck gekommen. Ferner besagt zwar der § 1501, daß die elterliche Gewalt nur über ein minderjähriges Kind stattfindet. Allein nichtsdestoweniger muß der Katalog der Endigungsgründe auch noch die Volljährigkeit des Kindes mit aufzählen. Ebenso besagt § 1501, daß die Gewalt nach dem Tode des Vaters der Mutter zustehe. Trotzdem wird hier besonders konstatiert, daß die Gewalt des Vaters durch die Todeserklärung desselben endige und an deren Stelle nunmehr die Gewalt der Mutter trete. Und alles dies „der Vollständigkeit" wegen (Motive II 830, 832). Wohin solch Streben nach theoretischer Abrundung einer Lehre im Gesetz führt, zeigt der erste Absatz des § 1440 in seinem Zusatz „vor dem Tode eines der Ehegatten", wodurch alle Fälle der Auflösung der Ehe erschöpft werden sollen: Die Ehe wird aufgelöst durch Scheidungsurteil, durch Todeserklärung und durch den Tod eines der Ehegatten. Dem gleichen Streben verdanken die §§ 1703, 1704 die Aufnahme einer Anzahl Beendigungsgründe der Vormundschaft. Die Vormundschaft soll danach mit dem Tode des Mündels, ferner mit der Volljährigkeit desselben, mit dem Eintritt der elterlichen Gewalt und mit dem Wegfall der Beschränkung der Gewalt auf die Nutznießung endigen. Was enthalten nun wohl all diese Bestimmungen Neues gegenüber dem § 1633:

> Ein Minderjähriger erhält einen Vormund, wenn er nicht unter elterlicher Gewalt steht oder wenn die elterliche Gewalt auf die elterliche (!) Nutznießung beschränkt ist.

Nach § 1704 wird das Amt des Vormundes beendet durch den Tod des Vormundes (!), durch den Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit — was sich bereits aus §§ 1640 Nr. 1, 1646 Absatz 1 hinreichend deutlich ergiebt —, durch die vormundschaftsgerichtliche Entlassung, — dies ist ein lediglich aus den folgenden Para-

Digitized by Google

graphen abstrahierter Satz[1]. Auf welche dialektische Abwege die Motive bei dem Versuch der Rechtfertigung der Aufnahme all dessen geraten, dafür statt vieler ein Beispiel. Dieselben IV 1195 meinen die besondere Statuierung des Todes des Vormundes als Endigungsgrund mit der Ausführung rechtfertigen zu können, daß die Anerkennung der Endigung des vormundschaftlichen Amtes infolge des Todes des Vormundes eine vom Entwurf gemachte Ausnahme von dem Grundsatz sei, daß das Amt des Vormundes erst mit dessen Entlassung durch das Gericht ende! Also an und für sich würde das vormundschaftliche Amt fortdauern, dies ist wohl der Gipfelpunkt des Kultus des Logisch-Formalen: ein toter Vormund, ein juristisches Seitenstück zum phantastischen steinernen Gast der Komödie. Ein weiteres Seitenstück dazu bildet die Bestimmung des § 1712 Absatz 3, wonach beim Mangel der erforderlichen Personenzahl die Bildung des Familienrates unterbleibt. Verwandt ist auch die Bestimmung des § 1748 Nr. 5, daß die Pflegschaft für eine Leibesfrucht mit der Geburt oder mit dem Fortfall ihrer Möglichkeit beendigt wird: natürlich, denn dann ist eben keine Leibesfrucht da.

Auch bei der vorläufigen wie endgültigen Vormundschaft und Pflegschaft über Volljährige — §§ 1735, 1737 Absatz 3, 1748 Nr. 3 — hält es der Entwurf für erforderlich, zu konstatieren, daß dieselbe durch den Tod des Mündels beendigt wird, was sich um so kurioser macht, als dicht daneben die gerichtliche Todeserklärung als Endigungsgrund angeführt ist. Wenn letztere, d. h. die dadurch begründete Vermutung des Todes als Endigungsgrund in Betracht kommt, so doch erst recht der wirklich feststehende Tod.

Ferner läßt der Entwurf auch das Amt des Testamentsvollstreckers erlöschen, wenn derselbe stirbt (§ 1894)[2].

[1] Wie philologisch genau ist nicht in § 1705 Nro. 2 das „eintritt" neben dem „sich ergiebt", obgleich ersteres in letzterem, welches nach dem Zusammenhang auch das nachträgliche Entstehen, nicht bloß das nachträgliche Bekanntwerden von vorher Entstandenem bedeuten kann, bereits mit enthalten ist.

[2] Der Paragraph ist auch im übrigen im Hinblick auf § 1891 völlig selbstverständlich.

Digitized by Google

In besonders ansprechender Form kommt diese Anerkennung der selbst den Gesetzgeber zwingenden Macht des Todes, der dira necessitas, zur Erscheinung in dem zweiten Absatz des § 1745. Danach bedarf es zur Abweichung von einer gewissen Anordnung der Zustimmung des Anordners, aber nur solange dieser lebt! Ebenso dispensiert der § 1611 großmütig von der Einholung der Einwilligung eines Dritten zur Adoption, wenn derselbe gestorben ist.

Der erste Absatz des § 1639 statuiert die allgemeine Pflicht zur Übernahme der Vormundschaft mit dem reizenden Zusatz: es sei denn, daß er unfähig sei. Ja, das soll noch erst eine Gesetzgebung fertig bringen, jemanden zu etwas für verpflichtet zu erklären, wozu sie ihn für unfähig erklärt hat. Das Gesetz aber bestimmt weiter, daß zur Übernahme nicht verpflichtet ist, wer ablehnungsberechtigt ist. Dieser Satz enthält aber wohl kaum mehr als ein inhaltloses idem per idem. Das Ablehnungsrecht ist das direkte Gegenteil, die Negation der Übernahmepflicht, ablehnungsberechtigt ist gleichbedeutend mit nichtübernahmepflichtig. Danach ergiebt sich als Inhalt jenes Satzes Jeder Deutsche ist verpflichtet die Vormundschaft zu übernehmen, es sei denn, daß er dazu nicht verpflichtet ist. Übrigens ist im Schlußsatz des Paragraphen noch eine sprachliche Inkorrektheit hervorzuheben. Danach soll nämlich ein anderer Vormund ausgewählt werden, wenn die Strafe wegen Verweigerung der Übernahme dreimal ohne Erfolg verhängt ist. Unter dem Verhängen einer Strafe ist deren Verfügung durch das Gericht zu verstehen, eine Verhängung ohne Erfolg ist eine Verfügung, die nicht die beabsichtigte Wirkung hervorgebracht hat; der nächste Zweck einer jeden Strafe ist aber die dem Betroffenen ein Übel zuzufügen. Erfolglos ist daher die Verhängung einer Strafe nur zu nennen, wenn dieses Übel nicht realisiert werden konnte, z. B. bei einer Geldstrafe mangels irgend welchen Geldeswertes beim Betroffenen. Der Entwurf aber versteht unter der Verhängung der Strafe ohne Erfolg nicht die Unvollziehbarkeit derselben, sondern die Vollziehung, ohne daß

Digitized by Google

sich der Verurteilte dadurch zur Übernahme der Vormundschaft hat bewegen lassen. Sprachgemäß konnte nur auf den nächsten, den ersten Zweck abgestellt werden; der Entwurf hingegen stellte auf den ferneren Zweck der Strafe ab.

Der § 1641 bestimmt, daß eine Ehefrau nur mit Zustimmung ihres Mannes zum Vormund eines Minderjährigen bestellt werden darf. Dieser Paragraph ist durch § 1728 für entsprechend anwendbar erklärt worden auf die Vormundschaft über Großjährige. Also auch wenn eine Ehefrau eine Vormundschaft über Großjährige übernehmen will, bedarf sie der Zustimmung ihres Ehemannes. Es läßt sich nun folgende Scherzfrage aufwerfen: Bedarf die Ehefrau auch dann der Zustimmung ihres Ehemannes zur Übernahme der Vormundschaft, wenn es sich um die Vormundschaft über ihn selbst handelt, welche die Ehefrau übernehmen soll. Der Entwurf scheint es nicht nur für möglich zu halten, daß verständige Männer diese Frage im Ernste aufwerfen, sondern auch, daß sie sie falsch entscheiden und dem Ehemann einen rechtlichen Einfluß auf die Wahl des ihm selbst zu bestellenden Vormundes gestatten werden. Um dies zu vermeiden, stellt er in § 1729 Absatz 4 den köstlichen Satz auf:

> Die Ehefrau kann zum Vormunde ihres Ehemannes bestellt werden; die Zustimmung des letzteren ist nicht erforderlich.

In all diesen Fällen hat der Entwurf normiert, was nach der Natur der Sache sich als notwendig ergab, so daß sich die betreffenden Normen nur als gesetzliche Fixierungen auch ohnedies bestehender Notwendigkeiten darstellen. Aber auch das Umgekehrte sollte nicht ganz fehlen: die gesetzliche Statuierung von etwas thatsächlich Unmöglichem. Das findet sich in § 89. Dort wird bestimmt, daß auf den Vertragsantrag der Tod oder der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit einflußlos ist; als Fall der Geschäftsunfähigkeit ist besonders der Wahnsinn gedacht, wie die Motive I 176 ergeben. Jene Umstände sollen aber nur dann einflußlos sein, wenn nicht ein anderer Wille konstiert,

Digitized by Google

also feststeht, daß man z. B. bestellte Gegenstände nicht haben wollte, falls man wahnsinnig würde. Danach unterstellt der Entwurf den Fall der Annahme eigenen künftigen Wahnsinns; derselbe ist aber psychologisch kaum denkbar[1].

Eine zweite Gruppe von Sätzen stellt reine Wiederholungen und Tautologieen dar.

Der § 520 enthält zweierlei. Einmal statuiert er die Verpflichtung des Mieters die gemietete Sache nach Ablauf der Mietzeit zurückzugeben. Ist dies auch richtig, so ist es doch völlig selbstverständlich. Alsdann aber enthält er die weitere Bestimmung, daß der Mieter wegen Veränderungen der Sache, welche durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand entstanden sind, nicht verantwortlich sei. Wäre es aber anders, so würde damit der die Veränderung veranlassende Umstand aufhören ein nicht zu vertretender zu sein und anfangen ein zu vertretender Umstand zu werden. Der Paragraph enthält danach in seinem zweiten Teile nichts als eine versteckte Tautologie[2]. Den in dem ersten Teil ausgesprochenen Gedanken aber wiederholt der Entwurf von anderen Gesichtspunkten aus noch zweimal. Einmal vom Standpunkt des Vermieters. Derselbe wird für verpflichtet erklärt, dem Mieter den Gebrauch der Sache während der Mietzeit zu gewähren (§ 503). Und ferner vom Standpunkt des Mietverhältnisses aus in § 522 Absatz 1. Derselbe enthält den Schulsatz:

> Das Mietverhältnis endigt mit dem Ablaufe der Zeit, auf welche es eingegangen ist.

Der § 659 Satz 1 gewährt Erwerbsgesellschaften die Möglichkeit, für sich die Anwendbarkeit der Vorschriften über die offenen Handelsgesellschaften zu vereinbaren. Machen sie von

[1] Vielleicht etwa abgesehen von periodizierendem Wahnsinn, bei welchem die Kranken die Perioden ihrer geistigen Störung im voraus wissen können. In solchem Fall wäre es freilich möglich, daß sich jemand ein Billet zu einem in vier Wochen stattfindenden Konzert unter der Bedingung bestellt, daß er dann nicht den zu erwartenden Anfall habe.

[2] Vergl. oben S. 171 a. E.

Digitized by Google

dieser Befugnis Gebrauch, so werden damit alle auf die offenen Handelsgesellschaften sich beziehenden Vorschriften anwendbar. Wäre dies nicht der Fall, so wäre ihnen eben jene Möglichkeit nicht oder doch nicht unbeschränkt eröffnet. Danach enthält der zweite Satz nichts wie eine Wiederholung des Inhalts des ersten und zwar lediglich zu dem Zweck, um einen Übergang zu der kasuistischen Aufzählung der hauptsächlichsten in Betracht kommenden Vorschriften, dessen es gar nicht bedurfte, herzustellen.

Nach § 991 ist der Nießbraucher verpflichtet für die Erhaltung der Sache und des wirtschaftlichen Bestandes derselben zu sorgen und die Sache nach Beendigung des Nießbrauches zurückzugewähren. Man sollte vermeinen, daß damit in hinreichender Deutlichkeit und Bestimmtheit die Pflicht der Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Bestimmung der Sache statuiert und die Befugnis der Umgestaltung und Änderung negiert ist. Allein § 994 spricht dies noch einmal aus. Ebenso erachtet es § 1007 noch für erforderlich, ein zweites Mal die Rückgewährspflicht und ein drittes Mal die Pflicht zur Rückgewähr in einem nicht veränderten Zustand auszusprechen, auch einzuschärfen, daß diese Pflicht ihre Grenze findet an den von dem Nießbraucher nicht zu vertretenden Umständen, welche eine Änderung der Sache bewirken. Und zu allem Überfluß spricht es der § 995 noch ein viertes Mal aus, daß er bei Meidung der Wiederherstellung des früheren Zustandes Veränderungen nicht vornehmen darf. Also vier Varianten desselben Gedankens mit großer juristischer Feinheit ausgeklügelt, aber unbefangener Betrachtung nur als Wiederholungen erscheinend. Übrigens ist auch in § 1007 die tautologische Formulierung beliebt: er (der Nießbraucher) haftet nicht für von ihm nicht zu vertretende Umstände. Die Inhaltslosigkeit dieser Formel ist oben ausgeführt[1].

Dieses Streben, einen gesetzgeberischen Gedanken von den verschiedenen Gesichtspunkten, von denen aus er dargestellt werden kann, im Gesetz durchzuführen, kehrt im Entwurf nur allzu oft

[1] Vergl. oben S. 171, 178.

Digitized by Google

wieder. Es sei in dieser Beziehung hier noch auf den § 1156 hingewiesen, dessen Absatz 1 lautet:

> Der Pfandgläubiger ist gegenüber dem Eigentümer verpflichtet, das Pfand aufzubewahren und nach Beendigung des Pfandrechtes dem Eigentümer zurückzugewähren.

Es bedurfte der Statuierung der Aufbewahrungs- wie der Rückgewährspflicht wohl überhaupt nicht, jedenfalls aber genügte es, sie einmal normiert zu haben. Verwundert sieht man daher zwei Paragraphen weiter den Satz:

> Der Pfandgläubiger hat dem ihn befriedigenden Eigentümer gegen die Befriedigung das Pfand zurückzugewähren,

worin noch der Zusatz „gegen die Befriedigung" für die pedantische Korrektheit des Entwurfes ein beredtes Zeugnis ablegt. Noch frappierender ist in der fraglichen Beziehung der § 480. Hier sind sogar in einem und demselben Paragraphen zwei Varianten desselben Gedankens gegeben. Es heißt dort nämlich:

> Der Wieder(ver)käufer ist nur zur Herausgabe des Gegenstandes in dem Zustande, in welchem er sich zur Zeit der Ausübung des Rechtes befindet, der Wiederkäufer nur zur Zahlung des Schätzungswertes verpflichtet.

Diese lebensvolle Bestimmung ist dann aber noch einmal in blasserer Fassung wiederholt; es ist

> der Wiederverkäufer wegen Unterganges oder Verschlechterung des Gegenstandes nicht verantwortlich, der Wiederkäufer zum Ersatz der Verwendungen nicht verbunden.

Als ob es ohne ein bischen Abstraktion nun einmal durchaus nicht ginge!

Der § 1746 statuiert die Zulässigkeit der Bestellung eines Gegenvormundes bei der Pflegschaft, glaubt jedoch der größeren Deutlichkeit wegen noch hinzufügen zu müssen, daß sie „jedoch nicht erforderlich sei". Das ist nichts als die Entwickelung eines Momentes aus dem Begriff der Zulässigkeit. Nach § 2025 erfolgt der Übergang der Erbschaft vorbehaltlich des Rechtes der Ausschlagung kraft des Gesetzes. Damit ist

Digitized by Google

ersichtlich das Recht der Ausschlagung bereits vorausgesetzt. Für das Recht aber kommt es allein in Betracht, ob eine Norm statuiert ist, gleichgültig ob unmittelbar oder mittelbar, ausdrücklich oder stillschweigend. Ergiebt sich also die Anerkennung eines Grundsatzes aus einer anderen Vorschrift, welche denselben notwendig und unzweifelhaft voraussetzt, so wäre es ein gesetzgeberischer Fehler um logischer Concinnität und theoretischer Abrundung willen diesen Satz noch einmal selbständig und unmittelbar aufzustellen. Diesen unrichtigen Standpunkt nehmen aber die Motive V 491 ein: „Zu bestimmen, daß die angefallene Erbschaft ausgeschlagen werden kann (Absatz 1), möchte entbehrlich erscheinen. Allein der § 2025 setzt eine solche Vorschriften nur (!) voraus; dieselbe wird daher (!) durch den § 2025 nicht überflüssig." Und so finden wir denn in § 2028 noch einmal ausgesprochen:

> Der Erbe kann die ihm angefallene Erbschaft ausschlagen.

Der § 359 lautet:

> Der Vertrag verpflichtet den Vertragschließenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte, sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergiebt.

Abgesehen von der sprachwidrigen Wendung „seine Verbindlichkeit", d. h. die Verbindlichkeit des Vertrages im Sinn der aus ihm sich ergebenden Verbindlichkeit, ist er formell rein tautologisch gefaßt: Der Vertrag verpflichtet zu demjenigen, was sich als Inhalt seiner Verbindlichkeit ergiebt, mit anderen Worten er verpflichtet zu dem Inhalt seiner Verbindlichkeit oder *er verpflichtet zu der aus ihm resultierenden Verpflichtung*![1] Daß für die Feststellung der vertragsmäßigen Verpflichtung

[1] Eine gleiche Tautologie ist uns schon oben — S. 85 — in § 224 begegnet, als dessen Inhalt wir den Satz feststellten: *Der Schuldner ist zu derjenigen Leistung verpflichtet, zu der er verpflichtet ist.*

Digitized by Google

die Vertragsbestimmungen und die Vertragsnatur, das Gesetz und die Verkehrssitte herangezogen werden müssen, fürchten selbst die Motive nicht verkannt zu sehen. Nun, auch die Berücksichtigung von Treu und Glauben als das unser Verkehrsrecht beherrschende Prinzip kann nur eine durch Mißtrauen gegen die zur Rechtsanwendung berufenen Organe hervorgerufene Voreingenommenheit als ohne gesetzliche Fixierung gefährdet erachten. Der Hinweis auf Treu und Glauben ist etwas viel zu Vages, als daß durch denselben ein nicht von der Idee ihrer Herrschaft auf dem Gebiet des Verkehrsrechtes im Innersten durchdrungener Richterstand zur richtigen Rechtsanwendung gelangen könnte; ein Richterstand aber, dem diese Idee in Fleisch und Blut übergegangen ist, der bedarf jener gesetzlichen Anerkennung von Treu und Glauben nicht, um sie zur Geltung zu bringen. Daß insbesondere im Gesellschaftsverhältnis nicht ein Gesellschafter zum Nachteil der Gesellschaft seinem eigenen Vorteil, etwa durch den Betrieb von Konkurrenzgeschäften, nachgehen darf (Motive II 601), würde sicherlich auch ohne den § 359 nicht verkannt werden. Trotzdem glaubt der Entwurf dies sogar noch besonders einschärfen zu müssen (§ 632).

Eine dritte Gruppe von Normen fällt insofern aus dem Rahmen eines Gesetzbuches heraus, als sie einen rein instruktionellen Charakter an sich tragen. Man spricht in der neueren Gesetzgebungstechnik (in nicht gerade empfehlenswerter Ausdrucksweise) von instruktionellen Normen in dem Sinn von Ordnungsvorschriften d. h. Vorschriften, deren Beobachtung zwar zur ordnungsmäßigen Erledigung der Sache gehört, deren Nichtbeachtung aber keinen sachlichen Nachteil nach sich zieht. So diejenigen Normen, von denen die Civilprozeßordnung sagt, sie sollen — nicht: sie müssen — beobachtet werden. In ganz anderem Sinn ist hier von instruktionellen Normen die Rede. Während es sich dort um Vorschriften handelt, die, will man sie überhaupt, notwendig im Gesetz Ausdruck finden mußten, ist hier von solchen Vorschriften die Rede, die aus den sonstigen Bestimmungen und nach dem Zusammenhang sich von selbst verstehen, ihren danach

Digitized by Google

überflüssigen besondern Ausdruck lediglich deswegen gefunden haben, um den Beteiligten eine die Geschäftshandhabung erleichternde durchsichtige Anweisung über ihr Recht, über ihre Pflicht zu geben. Solcher Bestimmungen finden sich mancherlei in dem Entwurf. Dahin gehört § 1231:

Eine geschäftsunfähige Person kann keine Ehe schließen.

Dieser Satz ergiebt sich bereits aus § 64 Absatz 3. Zwei Gründe sollen seine Aufnahme rechtfertigen. Einmal soll durch die Bestimmung jeder Zweifel darüber ausgeschlossen werden, daß in der Eheschließung ein rechtsgeschäftlicher Akt, ein Vertrag zu finden sei, genauer: daß der Entwurf die Vorschriften über Rechtsgeschäfte auf die Ehe angewandt wissen wolle. Denn sicher soll doch der Wissenschaft die Freiheit der Forschung nicht beschränkt und dieselbe nicht behindert werden, auf Grund einer Feststellung des Begriffes des Rechtsgeschäftes, welcher von dem durch den Entwurf unterstellten abweicht, die Ehe von dem Gebiet der Rechtsgeschäfte auszuschließen. Allein es kann dahingestellt bleiben, ob die allgemeine Anwendbarkeit der rechtsgeschäftlichen Normen durch den § 1231 wirklich genügend gesichert ist; keinesfalls geschieht dies aber durch diese Vorschrift in höherem Grade als durch den zweiten und dritten Absatz des folgenden Paragraphen[1]. Danach bleibt als ernsthafter Grund für die Aufnahme dieser Bestimmung der in den Motiven IV 10 auch an erster Stelle angegebene, daß es „im Interesse der zur Handhabung des Gesetzes berufenen Standesbeamten liegt, sämtliche Ehehindernisse zusammenzustellen". Nichts kann zweifelloser die Verkennung der Aufgaben des Gesetzgebers darthun, als diese sicher der Entstehungsgeschichte des Paragraphen genau entsprechende Begründung desselben. Solche Zusammenstellungen der auf verschiedenen Gebieten zerstreuten, eine gewisse Amtsthätigkeit beherrschenden Normen mögen für den

[1] Dessen erster Absatz hingegen ist im Hinblick auf § 65 Abs. 3, 70, 71 ebenfalls überflüssig.

Digitized by Google

zu derselben Berufenen sehr dienlich, sie mögen, wenn jene Bestimmungen sehr zerstreut und wenig übersichtlich sind, für subalterne Beamte geradezu unentbehrlich sein, allein ihre passende Stelle ist dann in Verfügungen des Verwaltungschefs, nicht aber im Gesetz. Man denke sich nur den Gedanken aus, daß alle in die einzelnen Materie einschlagenden, bereits an anderer Stelle getroffenen Bestimmungen in diesen Einzelmaterien wiederholt würden, um eine vollständige Zusammenstellung der eine jede Materie beherrschenden Normen zu haben! Vor allem, wozu wäre dann wohl der allgemeine Teil oder besser die zahlreichen durch den ganzen Entwurf zerstreuten allgemeinen Teile, welche für die folgenden Einzelmaterien gemeinsame Normen aufstellen, um ihre stete Wiederholung bei denselben zu vermeiden?

Die von dem gesetzlichen Vertreter verweigerte Einwilligung in die Eheschließung eines Minderjährigen kann durch die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts ersetzt werden (§ 1232 Absatz 2). Wie der gesetzliche Vertreter, hat auch das letztere sich bei der Frage, ob die Einwilligung zu erteilen, pflichtmäßig nur durch das Interesse des Pfleglings bestimmen zu lassen. Es hat nach bestem Wissen und Gewissen zu prüfen, ob dasselbe die Einwilligung erfordert oder nicht. Ist dies nach Lage des Falles zu bejahen, so ist damit die öffentlich-rechtliche Pflicht des Gerichtes begründet, die Einwilligung zu erteilen. Auch dies spricht § 1232 (Absatz 2 Satz 2) noch besonders aus. Als sachlicher Grund für die Aufnahme dieser Bestimmung ist in den Motiven IV 16 angegeben die Vermeidung des Mißverständnisses, als ob das Gericht die Einwilligung nur im Fall einer pflichtwidrigen Verweigerung derselben durch den gesetzlichen Vertreter erteilen könne. Allein das Mißverständnis ist doch wohl schon durch die absolute Fassung des vorhergehenden Satzes zur Genüge ausgeschlossen. Auch hier wirkte sicher, wenn auch vielleicht nicht klar bewußt, die Neigung, Anweisungen, Belehrungen zu erteilen, mit. Dasselbe gilt von dem Satz 2 des zweiten Absatzes von § 1236. Nach demselben besteht ein Schwägerschaftsverhältnis zwischen dem einen Ehegatten und gewissen im Sinn

Digitized by Google

des Eherechts als Verwandte des anderen Teils geltenden Personen. Diese Bestimmung ergiebt sich bereits aus dem unmittelbar vorhergehenden Satz in Verbindung mit § 32. Trotzdem ist die Aufnahme derselben bei der Wichtigkeit der Sache „im Interesse der Erleichterung der Geschäftsführung der Standesbeamten" als ratsam erachtet worden (Motive IV 21). Auch der bereits anderweit besprochene Absatz 2 des § 1245, welcher bestimmt, daß ein Standesbeamter bei der Schließung seiner eigenen Ehe nicht als Standesbeamter gilt, ist wohl nur zur Unterweisung der Standesbeamten über die Geschäftsführung aufgenommen.

Der Fürsorge für eine ordentliche Geschäftsführung seitens der Standesbeamten steht die für die vormundschaftliche Geschäftsführung bekundete Fürsorge gleich. Auch hier finden wir Geschäftsanweisungen, welche, so sehr sie sachlich rätlich sein mögen, doch sicher nicht in ein Gesetz gehören. So vor allem in § 1662, welcher bestimmt:

> Der Vormund darf Vermögensgegenstände des Mündels nicht in eigenem Nutzen verwenden.

Die Motive IV 1107 erkennen an, daß die Vorschrift sich auch beim Schweigen des Gesetzes aus allgemeinen Gründen ergeben würde: allein die Aufnahme derselben sei insbesondere aus der praktischen Erwägung als ratsam erachtet worden, daß dieselbe eine klare und unzweideutige Mahnung an den Vormund enthält, sein Vermögen und das des Mündels in allen Beziehungen getrennt zu halten. Seit wann ist denn aber das Gesetz die geeignete Stelle, von der aus Mahnungen ergehen könnten? Das Gesetz hat zu befehlen, nicht zu mahnen. Hier schlägt ferner ein die Vorschrift des § 1672, daß der Vormund Wertpapiere, die er nicht zu hinterlegen braucht, jedenfalls hinterlegen darf. Das klingt doch ganz wie eine Art Belehrung an einen seiner Stellung nicht gewachsenen Vormund, wie sie freilich nicht selten, aber doch noch lange nicht die Regel sind. Es wäre schlimm um unsere Mündel bestellt, wenn der

Digitized by Google

Durchschnitt der Vormünder solcher Belehrung bedürfte. Und wer ihrer bedarf, mag sie sich beim Vormundschaftsrichter holen.

Das in § 1684 statuierte Recht der Aufsicht über die vormundschaftliche Thätigkeit, welches zugleich eine Aufsichtspflicht ist, enthält notwendig die Befugnis, vom Vormund jederzeit Auskunft über seine Thätigkeit zu verlangen: Cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potuit (l. 2 D. de iurisdict. 2, 1). Der § 1686 spricht dies noch ausdrücklich aus und zwar, um die Gerichte auf dieses Recht besonders aufmerksam zu machen. (Motive IV 1156). In dieselbe Kategorie gehört auch die Vorschrift des § 1688. Die Pflicht des Vormundes zur Rechnungslegung und die Aufsichtspflicht des Gerichtes ergiebt die Verpflichtung zur Prüfung der gelegten Rechnung, soll die Rechnungslegung nicht eine inhaltlose Form sein; sachlich kaum besser wäre es, wenn diese Pflicht sich auf die rein rechnungsmäßige Prüfung beschränkte; dieselbe muß vielmehr, soll ihr anders eine praktische Bedeutung zukommen, notwendig eine sachliche sein; ergiebt dieselbe die Unrichtigkeit der gestellten Rechnung, so muß das Gericht deren Berichtigung und Ergänzung herbeiführen. Damit sind aber auch die Grenzen der ihm durch das Aufsichtsrecht gewährten Machtbefugnisse erreicht. Das Gericht kann weder über unerledigt gebliebene Ansprüche entscheiden noch auch die Erfüllung anerkannter Ansprüche zwangsweise durchsetzen. Dazu bedarf es der Klage und des Prozesses. Dies ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen über den Inhalt und die Grenzen des vormundschaftlichen Dienstaufsichtsrechtes. Um „Mißverständnissen zu begegnen" ist sogar auch die letztere Folgerung noch besonders zum Ausdruck gebracht. Wie wenig Mißverständnisse in dieser Hinsicht aber wirklich zu befürchten, erhellt daraus, daß die Preußische Vormundschaftsordnung eine einschlägige Bestimmung nicht enthält (vergl. § 56 derselben) und daß doch der aufgestellte Grundsatz in Theorie und Praxis nicht verkannt worden ist, sowie ferner auch daraus, daß diejenigen Gesetze, die eine weitergehende Befugnis des Vormund-

Digitized by Google

schaftsgerichts beliebten, dieselbe ausdrücklich als positive Erweiterung der mit dem Aufsichtsrecht gegebenen Machtvollkommenheiten statuiert haben (ALR. §§ 669, 671 II 18, Lübecker Vormundschaftsordnung § 75, Bremer Vormundschaftsordnung § 31). Beide Bestimmungen (§§ 1686, 1688) enthalten danach wesentlich nur fürsorgliche, das Gericht über seine Befugnisse instruierende Sätze, die sich auch ohnedies verstehen würden.

Wiederholt wird im Entwurf hervorgehoben, daß das Gericht gewisse Maßnahmen *von Amts wegen* zu treffen habe. Den Gegensatz dazu bildet sein Thätigwerden auf Antrag eines Interessenten. Darum ergiebt sich aber die Pflicht des Offizialvorgehens schon aus dem Schweigen des Entwurfes über den Antrag als Voraussetzung des betreffenden Verfahrens. Nicht uninteressant dürfte in dieser Beziehung ein Vergleich etwa des ersten Satzes von § 1439[1] mit dem Entsprechendes normierenden Artikel 13 des Handelsgesetzbuches sein[2]. Ganz im Geist und Stil einer Geschäftsanweisung gehalten ist endlich der zweite Absatz des § 1437:

> Für den Inhalt der Eintragung ist nur der Inhalt des Antrages maßgebend. Bei dem Antrage auf eine Eintragung, welche auf Grund eines Ehevertrages erfolgen soll, bedarf es nicht der Vorlegung eines Ehevertrages. Der Antrag kann auf Eintragung eines Teiles des Inhaltes des Ehevertrages beschränkt werden.

Damit verlassen wir diese Gruppe von Normen und wenden uns einer Reihe weiterer Bestimmungen zu, mit welchen sich der Gesetzgeber noch weiter als mit jenen von seiner Aufgabe entfernt hat. Die Instruktion in unserem Sinne will immerhin noch Befolgung; sie giebt eine Anweisung, wie die abstrakte

---

[1] Vergl. auch §§ 2058, 2067, 2071.

[2] Charakteristisch ist es auch, daß § 1439 verfügt, die Eintragung sei in einem zu gewissen *Veröffentlichungen* bestimmten Blatt *öffentlich* bekannt zu machen, so daß das Erfordernis der *Öffentlichkeit* der Bekanntmachung zu doppeltem Ausdruck gelangt. Der citierte Art. 13 hingegen begnügt sich damit, dasselbe einmal zu statuieren.

Digitized by Google

Norm des Gesetzes praktisch verwirklicht werden soll. Wir haben jedoch bereits früher (Kapitel II und III) gesehen, welche lehrhaften Neigungen den Entwurf beseelen. Allein dort handelte es sich doch immer noch um Bestimmungen, bei welchen zwar sachlich der Gesetzgeber die Rolle des Schulmeisters übernommen hat, die aber formell wenigstens noch als Kundgebungen des Gesetzgebers erschienen. Allein auch diese Grenze ist bisweilen sogar durchbrochen. Der Entwurf enthält eine Anzahl Bestimmungen, in denen er juristische Erscheinungen zu konstruieren und zu qualifizieren, zu motivieren und zu kategorisieren sucht.

Die Schenkung charakterisiert sich durch eine Vermögensminderung auf der einen, eine Bereicherung auf der anderen Seite. Eine Schenkung soll nach dem Entwurf nicht vorliegen, wenn Sicherheit für ein Recht geleistet, eine Sicherheit aufgegeben, auf ein angefallenes, noch nicht erworbenes Recht verzichtet, ein Vermögenserwerb unterlassen wird (§ 439). Der Entwurf begnügt sich aber nicht mit dieser Konstatierung. Es würde auch interessieren zu ersehen, welches der theoretische Grund für jene Bestimmung war. Auch das wird uns verkündet. In dem Fall der Sicherungsgewährung liegt keine Schenkung vor, da erstere nicht als Bereicherung des Empfängers erscheint, in den anderen Fällen, weil es an einer Vermögensminderung fehlen soll.

In § 863 erfahren wir, daß der Mangel der Verbindung eines Grundstücks mit dem öffentlichen Wege, welche zur bisherigen ordnungsmäßigen Benutzung notwendig ist, ein Fall des Notstandes ist. Ein praktischer Grund für die Aufnahme dieses Charakterisierungsversuches ist weder in den Motiven (vergl. III 291) angedeutet noch irgendwie abzusehen.

Der § 1294 belehrt uns, daß der Verbrauch von Sachen eine thatsächliche, die Veräußerung eine rechtliche Verfügung über dieselben darstellt[1]. Und zur größeren Sicherheit schärft uns das der § 1523 nochmals ein.

[1] Man sage nicht, diese Hervorhebung sei nötig gewesen, um nicht durch

Digitized by Google

Durch § 1300 (Ist das Rechtsgeschäft ein Vertrag . . .) wird uns eingeschärft, daß zu den Rechtsgeschäften auch der Vertrag gehört, wahrscheinlich für diejenigen, welche den Inhalt der allerdings weit zurückliegenden §§ 77 ff. bereits vergessen haben sollten, wenn sie zum Studium des § 1300 gelangen.

Der erste Absatz des § 1429 hält es für erforderlich darauf hinzuweisen, daß die in Ansehung der Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft getroffenen besonderen Normen nicht bloß nähere Bestimmungen der bei der allgemeinen Gütergemeinschaft geltenden Vorschriften, sondern auch Abweichungen von denselben enthalten, — eine lehrhafte Bestimmung des Verhältnisses der beiden Normenkomplexe zueinander, welche jedenfalls für die Rechtsanwendung völlig bedeutungslos ist.

Nach § 215 erfolgt die Zahlung einer im Inlande zahlbaren Geldschuld in Reichswährung, auch wenn die Schuld auf ausländische Währung lautet[1]. Maßgebend ist der Kurswert zur Zeit und am Ort der Zahlung. Man sollte meinen, das sei klar und erschöpfend. Allein der Entwurf scheint anderer Meinung. Wofür denn maßgebend? könnte jemand fragen und auch auf diese Schulfrage glaubt der Entwurf die Antwort nicht versagen zu dürfen: Selbstverständlich „bei der erforderlichen Umrechnung der Schuld in die Reichswährung".

Die Fürsorge des Gewalthabers für das Kind, des Vormundes für das Mündel bezüglich seiner Person und seines Vermögens ist zugleich eine Pflicht und ein Recht des Gewalthabers und des Vormundes. Der Entwurf nimmt die Mühe,

den Gebrauch des Wortes „Verfügung" ohne weiteren Zusatz das Mißverständnis zu erwecken, als handle es sich nur um rechtliche Akte. Es hätte nur der dritte Satz mit den Worten „ist aber verpflichtet" dem Vorhergehenden angeschlossen und statt des vorletzten Wortes „Verfügung" die Worte „Veräußerung oder des Verbrauchs" eingesetzt werden müssen.

[1] Dies ist dem Ausdruck des Entwurfs „die Schuld ist in ausländischer Währung ausgedrückt" vorzuziehen. Der Absatz 3 des Paragraphen versteht sich wohl von selbst.

Digitized by Google

diesen Charakter des Verhältnisses aus den Einzelbestimmungen festzustellen, in seiner fürsorglichen Weise der Wissenschaft ab und fixiert diesen Charakter selbst (§§ 1502, 1648), und zwar in der sich endlos wiederholenden, wahrhaft ermüdenden Weise, welche von uns bereits oben — S. 15 16 — näherer Würdigung unterzogen ist.

Der Entwurf sucht, wie wir bereits sahen, bisweilen sogar die theoretischen Gründe anzugeben, aus denen die von ihm geschaffenen Normen fließen. Am unverblümtesten geschieht dies wohl bei folgenden Bestimmungen. Er statuiert den Anspruch auf Herausgabe des Kindes gegenüber dem widerrechtlich dasselbe Vorenthaltenden. Die Theorie, welche diesen Anspruch auf einen höheren, allgemeineren Gesichtspunkt zurückführen will, hat sich zu fragen, als Ausfluß wovon derselbe erscheint. Auch hierüber findet sie Bescheid in dem Entwurf: Jener Anspruch ist ein Ausfluß des Rechtes der Fürsorge für die Person des Kindes (§ 1505). Ebenso führt der Entwurf die Sorge für die Erziehung des Kindes auf den oberen Begriff der Sorge für dessen Person zurück (§ 1504). Auch unterläßt er es nicht, den Grund für die gesetzliche Vertretung des Mündels durch den Vormund anzugeben; dieselbe fließt aus der Pflicht und dem Recht für die Person und das Vermögen des Mündels zu sorgen (§ 1649)[1]. Was mit dieser höchst fremdartig berührenden Aufnahme einer Begründung in das Gesetz nach den Motiven IV 750, 753 erreicht werden soll, ergiebt sich bereits aus der Stellung der betreffenden Bestimmungen und den übrigen einschlagenden Vorschriften und ist — wenigstens bezüglich des Anspruchs auf Herausgabe — auch, wo eine besondere Bestimmung fehlte, von der Jurisprudenz und Rechtspflege nicht verkannt worden. Aber selbst, wenn dem nicht so wäre und jene Zurückführung auf den oberen Begriff aus sachlichen Gründen erforderlich wäre, dürfte das jedenfalls nicht geschehen in jenen rein theoretischen Wendungen, welche die §§ 1504, 1505 aufweisen, das ist

[1] Vergl. auch § 1488 Absatz 4.

Digitized by Google

eine nicht minder unangemessene Fassung des Gesetzes, wie wenn, was die Motive selbst abgelehnt haben, ein Gesetz vom „nächsten Zweck" eines Geschäftes sprechen — vergl. oben S. 93 — oder eine Folgerung mit einem „also" dem begründenden Satz anschließen würde. Gewisse Weisen, den gesetzgeberischen Gedanken zum Ausdruck zu bringen, sind dem Gesetzgeber eben schlechthin verschlossen. Man sehe sich als Gegenstück die Art und Weise an, in welcher das Preußische Landrecht den Gedanken des § 1504 zur Geltung bringt (§§ 74 ff. II 2). Dies gilt ebenso von § 301, der die Pflicht des Cedenten zur Erteilung des erforderlichen Aufschlusses über die abgetretene Forderung statuiert, aber sich damit nicht begnügt, sondern zugleich das Theorem aufstellt, daß diese Pflicht sich lediglich auf die Übertragung — nicht etwa auf die unterliegende obligatorische causa — stütze.

Der § 664 führt aus, daß die Zurückforderung einer auf Grund eines Spieles oder einer Wette geschehenen Leistung ausgeschlossen ist. Das scheint klar und deutlich, allein wiederum nicht dem Entwurf. Derselbe glaubt es aussprechen zu müssen, daß jene Norm die Zurückforderung nur ausschließt, soweit sich dieselbe stützen würde auf den Mangel eines rechtsverbindlichen Schuldverhältnisses aus Spiel und Wette, nicht aber, soweit sonstige Rückforderungsgründe in Frage kommen, z. B. eine turpitudo des Empfängers der Leistung.

Der § 1782 will einige Fälle, in denen der Thatbestand des § 1781 präsumiert werden soll, bestimmen, thut dies aber in der Form eines reinen Konstruktionsversuches. Er will nämlich bestimmen, daß eine letztwillige Verfügung anfechtbar ist wegen Übergehens eines Pflichtteilsberechtigten, dessen Vorhandensein der Erblasser nicht kannte oder der erst später geboren bezw. pflichtteilsberechtigt wurde, sofern nicht nachweisbar ist, daß dieser letztere Umstand in Bezug auf den Inhalt der Verfügung bedeutungslos gewesen ist. Denn es wird in solchem Fall als Bestimmungsgrund der Verfügung jene Unkenntnis und beziehungsweise die Voraussetzung des Nicht-Eintritts eines

Digitized by Google

Pflichtteilsberechtigten angenommen werden dürfen. Der Entwurf begnügt sich nun nicht mit jener Konstatierung der Anfechtbarkeit, sondern giebt der Theorie gleich das Konstruktionsmaterial an die Hand, indem er den inneren Grund für die Anfechtbarkeit — die anzunehmende Unkenntnis bezw. die unzutreffende Voraussetzung — anführt. Dabei begeht der Entwurf überdies noch die Vermischung von Unkenntnis, d. i. Mangel einer Vorstellung, mit dem Irrtum, der falschen Vorstellung, eine Verwechselung, die schon mancherlei Unsegen gestiftet hat, allerdings vornehmlich auf dem Gebiet des Strafrechts bei Anwendung des Betrugsparagraphen 263, die aber auch für das Privatrecht nicht ganz so bedeutungslos ist, wie gemeiniglich auf Grund des bekannten Ausspruchs von Savigny[1] angenommen zu werden pflegt. Für das Strafrecht steht die Unkenntnis niemals, für das Privatrecht nur beschränkt dem Irrtum gleich[2]. Bei dem im übrigen gleich gelagerten § 1783, hat der Entwurf glücklich seine theoretisierenden Neigungen zurückgedrängt und dadurch einen klareren und praktikableren Rechtssatz geschaffen, wie in dem mit wissenschaftlich übrigens bedenklichem Konstruktionsmaterial belasteten § 1782.

Bei Verletzung (!) der dem Ehemann gegenüber der Ehefrau obliegenden Unterhaltungspflicht kann die Ehefrau, soweit es zur Bestreitung ihres Unterhaltes erforderlich ist, den von ihr dem Manne zu leistenden Alimentationsbeitrag zurückbehalten (§ 1339). Deutlicher, wie in diesem Zwischensatz (soweit . . . ist) kann und braucht doch wohl ein Gesetz nicht angeben, zu welchem Zweck ihr das Zurückbehaltungsrecht gewährt

---

[1] System III S. 326: Die juristische Beurteilung ist für beide Zustände völlig dieselbe und darum ist es gleichgültig, welchen von beiden Ausdrücken man gebraucht. Bei unseren Juristen ist der zweite gebräuchlicher, weil der Irrtum häufiger als die bloße Unwissenheit bei Rechtsverhältnissen in Betracht kommt.

[2] Vergl. Dernburg, Pandekten I § 87 Anm. 2, Preuß. Privatrecht § 108 Anm. 2.

Digitized by Google

ist. Der Entwurf scheint das nicht anzunehmen. Wenigstens wäre es sonst unerklärlich, warum er es für notwendig erachtet hinzuzufügen, daß die Zurückbehaltung zum Zweck der Verwendung für ihren Unterhalt geschehe.

Nach § 1815 finden auf das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben die Vorschriften über den Nießbrauch Anwendung. Es entsteht nun die Schulfrage, wer — der Vor- oder der Nacherbe — denn als Nießbraucher erscheinen soll, worauf die folgenden Paragraphen übrigens eine klare unzweideutige Antwort erteilen. Allein der Entwurf zieht es vor im § 1815 noch besonders zu sagen, daß es der Vorerbe ist, der gegenüber dem Nacherben als Nießbraucher anzusehen ist.

Der § 1445 erachtet es für nötig zu konstatieren, in welchem Verhältnis das auf Trennung von Tisch und Bett gerichtete Urteil zu dem Scheidungsprozeß steht — es sei kein bloßes antecedens, sondern sein fundamentum; der Scheidungsprozeß sei nicht bloß post hoc, sondern stehe in einem inneren Zusammenhang zu demselben, er finde statt auf Grund des Urteils; allein andrerseits sei der Scheidungsprozeß doch keine bloße Fortsetzung des Trennungsprozesses; es bedürfe zu seiner Herbeiführung einer „neuen" Klage, womit in einer weder klaren noch für ein Gesetzbuch passenden Form die Notwendigkeit eines vorgängigen Sühneversuchs zum Ausdruck gelangen soll. Übrigens ist es auch sachlich nicht gerade genau, daß die Scheidung auf Grund des Trennungsurteils verlangt werden könne. Das Verlangen stützt sich vielmehr auf das Fehlschlagen der Aussicht auf „Herstellung des ehelichen Verhältnisses" (§ 1444) — ein überaus blasser nichtssagender Ausdruck —. Wäre lediglich das Trennungsurteil die Grundlage, so wäre für die Berücksichtigung einer nachträglichen Verzeihung der das Trennungsurteil rechtfertigenden Handlung kein Platz. Wenn sich also die Ehegatten nach rechtskräftigem Trennungsurteil versöhnt, demnächst aber wieder überworfen hätten, könnte der Teil, der das Urteil erwirkt hat, ohne Rück-

Digitized by Google

sicht auf die dazwischen liegende Versöhnung die Scheidung auf Grund jenes Urteils verlangen, was doch vom Entwurf nicht gewollt sein kann und nicht gewollt ist (vergl. § 1446 Satz 2, Motive IV 600).

Den Gipfel des Theoretisierens weisen aber die §§ 521, 536, 543, 574, 628 auf. Dieselben erkennen dem Vermieter und dem Verpächter das Pfandrecht an den invecta et illata und an den Früchten des Pachtgrundstücks zu. Allein das genügt ihnen nicht. Die Rechtsanwendung und Rechtsauslegung muß auch wissen, welches die Grundlage des normierten Pfandrechts ist, eine stillschweigende Vereinbarung der Parteien oder die Statuierung im Gesetz, der Wille der Partei oder der Wille des Gesetzes. Um klarzustellen, daß letzteres der Fall, versteht sich der Entwurf zu der ebenso fürsorglichen wie unglaublichen Bestimmung, daß das fragliche Pfandrecht ein gesetzliches sei. Eine ärgere Verwirrung der Grenzen zwischen der Aufgabe der Gesetzgebung und der Wissenschaft ist wohl kaum je in einem modernen Gesetz vorgekommen.

Der § 1502 führt die in der elterlichen Gewalt enthaltenen Rechte und Pflichten — Fürsorge und Nutznießung — auf. Vorsichtigerweise hebt der Entwurf hervor, daß die durch die elterliche Gewalt gegebenen Befugnisse für denjenigen Elternteil begründet sind, welchem die Gewalt zusteht, das heißt mit anderen Worten die Gewalt des Vaters begründet gewisse Rechte des Vaters, die Gewalt der Mutter gewisse Rechte der Mutter!

Wenn die elterliche Nutznießung durch die Verehelichung des Kindes beendigt wird, so tritt sie überhaupt erst gar nicht ein, wenn die Gewalt über ein bereits verheiratetes Kind erlangt wird. So verfügt ausdrücklich der Schlußsatz des § 1536. Das ist denn doch aber wohl des Mißtrauens gegen verständige Rechtsanwendung und Rechtsauslegung ein wenig zu viel. Es klingt geradezu köstlich:

> Die elterliche Nutznießung wird durch Schließung einer Ehe von seiten des Kindes beendigt. . . Ist die elter-

Digitized by Google

liche Gewalt erst nach Schließung der Ehe des Kindes erlangt worden, so tritt die elterliche Nutznießung nicht ein.

Dasselbe gilt von dem § 1553 Absatz 3 und dem § 1560 Satz 1, von denen letzterer besonders frappierend folgendermaßen lautet:

Der Elternteil, welcher die elterliche Gewalt, wenn diese ihm zugestanden hätte, ... verloren haben würde, kann dieselbe nicht erlangen.

Der Zusatz „wenn diese ihm zugestanden hätte" ist ein klassisches Seitenstück zu der eben erwähnten Wendung „welchem sie zusteht" in § 1502. Ja, das soll noch erst einmal vorgemacht werden, etwas zu verlieren, was man nicht hat.

Nach § 1716 Absatz 1 ist unfähig Mitglied des Familienrates zu sein, wer unfähig ist, Vormund zu sein. Unfähig zur Vormundschaft ist aber, wer durch Vater oder Mutter von der Vormundschaft ausgeschlossen worden ist. Dieser ist also auch unfähig, Mitglied des Familienrates zu werden. Wie aber nun, wenn Vater oder Mutter den Betreffenden vom Familienrate (statt von der Vormundschaft) ausgeschlossen haben? Ist er dann auch unfähig, Mitglied des Rates zu sein, könnte man als reizende Schulfrage aufwerfen. Auch sie beantwortet der allerschöpfende Entwurf (§ 1716):

Unfähig, Mitglied des Familienrates zu sein, ist ....
4. wer durch eine Anordnung des Vaters oder der ehelichen Mutter ausgeschlossen ist.

Daß übrigens auch der Vormund des Mündels nicht Mitglied des Familienrates sein kann (Nr. 1), ergiebt sich doch hinreichend deutlich daraus, daß der Rat an Stelle des Vormundschaftsgerichtes, also als Aufsichtsinstanz über dem Vormund steht und doch niemand sich selbst beaufsichtigen kann.

In § 1898 Absatz 4 ist das Recht, zur Erledigung von Widersprüchen gegen Anordnungen des Testamentsvollstreckers Klage zu erheben, nur den Erben und nur gegen die Erben ge-

Digitized by Google

währt, der Verdeutlichung wegen jedoch hinzugefügt, daß die Klage weder von dem Vollstrecker noch gegen diesen erhoben werden kann. Wie wenig diese Ausführung in ein Gesetzbuch gehört, wird klar, wenn man dieselbe mit dem logisch allein passenden „also" statt des vom Entwurf gewählten inkorrekten „und" dem Vorhergehenden anschließt.

Der Titel 6 des 2. Abschnitts von Buch IV handelt von der Legitimation eines unehelichen Kindes durch nachfolgende Ehe zwischen dessen Eltern. Letzteres ist in § 1579 deutlich zum Ausdruck gekommen. Trotzdem erachtet es § 1582 für erforderlich, nochmals hervorzuheben, daß es sich um die Eheschließung zwischen den Eltern des Kindes handelt. Freilich liegt in diesem Paragraphen auch noch eine andere Eheschließung möglicherweise inmitten, nämlich die zwischen dem unehelichen Kinde und demjenigen, mit dem es Abkömmlinge gewonnen hat. Allein dieselbe ist nur unterstellt, nicht genannt. Und da soll jemand auf den korrupten Gedanken kommen unter der die legitimierende Kraft äußernden Eheschließung des Paragraphen eine Ehe des unehelichen Kindes mit diesem Dritten zu verstehen. In welch geistiger Verfassung muß sich der Entwurf doch die zur Rechtsanwendung berufenen Organe, mit denen er zu rechnen hat, vorstellen!

Wunderbar ist, was uns der § 153 verrät, daß nämlich auch für das Recht der Monat mit dem Ersten beginnt und mit dem Letzten endet!

Nachdem in § 293 im allgemeinen die Zulässigkeit einer Forderungsübertragung statuiert ist, führt der Paragraph weiter aus:

> Mit der Übertragung hört der bisherige Gläubiger auf Gläubiger zu sein und tritt der neue Gläubiger an seine Stelle.

Das ist richtig, aber doch nichts weiter als eine Ausführung des Wesens der Forderungsübertragung. Sowenig es dem Entwurf eingefallen ist, eine solche bei der Übertragung des Eigentums zu geben (§ 874), sowenig ist dieselbe hier am Platz. Das historische Moment, daß das römische Recht nicht oder doch bis weit in die Kaiserzeit hinein nicht eine Übertragung

Digitized by Google

von Forderungen gekannt hat, vermag die Aufnahme dieser Bestimmung in ein Gesetzbuch, dessen grundsätzlich abweichender Standpunkt sich bereits aus seinen anderweiten Bestimmungen ergiebt, nicht zu rechtfertigen. Tritt übrigens jemand an die Stelle eines andern, so muß notwendig der letztere aus seiner Stelle ausgeschieden sein, hier also der Gläubiger aufgehört haben Gläubiger zu sein: ôte-toi, que je m'y mette. Ähnlich pleonastisch spricht § 314 davon, daß der bisherige Schuldner aufhört Schuldner zu sein und der Schuldübernehmer an seine Stelle tritt.

Der § 294 kennt in seinem zweiten Absatz einen Vertrag, welcher die Willenserklärung der Vertragschließenden von gewissem Inhalt enthält (vergl. auch §§ 874, 983). Enthält denn aber nicht jeder Vertrag begriffsnotwendig eine Willenserklärung der Vertragschließenden (§ 77)? In § 313 ist zur Abwechslung die Rede von der Vereinbarung, welche den Willen der Vertragschließenden ergiebt. Wenn man diese umständliche Form beim Vertrag beliebte, warum nicht auch bei den einseitigen Erklärungen? Wie schön würde es sich z. B. in § 1061 machen, wenn es statt der Erklärung des Berechtigten, daß er die Reallast aufgebe, heißen würde: Die Erklärung des Berechtigten, welche den Willen des Erklärenden ergiebt, daß er die Reallast aufgebe!

Mit scharfer Linie hat der Entwurf die Grenze zwischen materiellem und formellem Recht gezogen und letzteres, soweit es im Hinblick auf jenes der Neuregelung bedurfte, der Revision der Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz vorbehalten. Um so wunderbarer berührt es, daß einige Titel vollständig oder doch überwiegend Vorschriften über das Verfahren enthalten. So der Titel über die Todeserklärung. In demselben sind die §§ 9/20 und 23/24 rein oder doch überwiegend formeller Natur. Dieselbe Erscheinung kehrt wieder auf dem Gebiet des Immobiliarsachenrechts, welches mancherlei Bestimmungen aufweist, die in die in Aussicht genommene Grundbuchordnung gehören würden. Überwiegend formellrechtlich ist auch der von dem Erbschein

Digitized by Google

handelnde Titel und fast ausschließlich formellrechtlich der Titel „eherechtliches Register". Hier haben wir wahre leges fugitivae, deren Ausscheidung aus dem Entwurf im Interesse von dessen innerer Einheitlichkeit gefordert werden muß.

Wir sind zu Ende. Zwar nicht, als ob nunmehr das gesamte Material einer erschöpfenden Erörterung unterzogen worden wäre. Das ist bei dem Umstande, daß dann die große Mehrzahl der Paragraphen einer eingehenden Analyse und Besprechung hätte unterworfen werden müssen[1], kaum möglich. Allein es sollte auch nur soviel Material herangezogen werden, um erkennen zu lassen, nach welcher Richtung die formalen Mängel des Entwurfes im wesentlichen gelegen sind. Das soll nicht den Zweck haben, die Hindernisse, die dem Erwachsen des Entwurfes zum Gesetz entgegenstehen, zu vermehren. Im Gegenteil. Es wäre ein nationales Unglück, nicht nur wenn der Versuch einer einheitlichen deutschen Privatrechtsordnung endgültig scheiterte, sondern auch wenn der Entwurf jahrzehntelang zwischen Leben und Sterben schwebte. Die erhobenen Ausstellungen sollen Beiträge bilden zu einer den berechtigten Erwartungen des deutschen Volkes mehr entsprechenden Überarbeitung des Entwurfes. Zwei Meinungen sind bis jetzt darüber, was nun werden soll, hervorgetreten. Einmal: die Rechtseinheit solle statt im Wege der Kodifikation im Wege der Einzelgesetzgebung herbeigeführt werden. Man könnte dann zunächst Gegenstände auswählen, bei denen vorzugsweise ein Bedürfnis für einheitliche Rechtsgestaltung vorliegt. Bei einer Bearbeitung von jährlich ein bis zwei Gesetzen dieser Art würde unser Volk und namentlich unser Juristenstand nach und nach in die Einheit hineinwachsen, was weit wohlthätiger wirken würde, als wenn man ihm ein ganzes neues Gesetzbuch über den Kopf gießt. Neben diesem Vorschreiten der Reichsgesetzgebung müßte die Landesgesetzgebung in den aus früherer Zeit überkommenen teilweise recht wüsten Rechtszuständen ihrer Länder einigermaßen aufräumen. So würde man zu einer vernünftigen Rechtseinheit kommen, ohne

[1] Vergl. oben S. 53, 120.

Digitized by Google

so vieles Wertlose, dessen Folgen sich gar nicht überblicken lassen, mit in den Kauf nehmen zu müssen[1].

Die Annahme dieses Vorschlages hieße nun zwar nicht notwendig, daß die ganze Arbeit, die durch 15 Jahre mit bewunderungswürdiger Aufopferung von der Bundesratskommission prästiert worden ist, verloren wäre; vielmehr ließen sich ganze Abschnitte aus dem Entwurfe als Specialgesetze verwerten. Allein solch ein Vorschlag rechnet doch wohl nicht genügend mit den unabsehbaren Verwickelungen, welche eine derartige Stückgesetzgebung herbeiführen müßte. Man denke sich eine Regelung der Rechtsgeschäfte, der Wirkungen der Willensmängel, der Bedingung. Eine im wesentlichen auf die gemeinrechtliche Doktrin aufgebaute Ordnung der bezüglichen Verhältnisse, gepfropft auf diejenigen Bestimmungen des Preußischen Landrechts, welche zwar damit in innerem Zusammenhang stehen, aber durch jene allgemeinen Sätze nicht beziehungsweise nur teilweise beseitigt sind. Und daneben noch eine Thätigkeit der Landesgesetzgebung, welche bemüht ist, mit ihren wüsten überkommenen Rechtszuständen aufzuräumen. Es wäre dies in der That auf mindestens ein Menschenalter hinaus ein Rechtszustand, bei welchem sich nicht bloß der Laie, sondern auch der Jurist kaum durchzufinden wissen würde. Die Erfahrungen, welche die Reichsgesetzgebung bisher mit ihren privatrechtlichen Einzelgesetzen gemacht, sind um deswillen nicht maßgebend, weil es sich da um in sich im wesentlichen geschlossene Rechtsmaterien handelte. Und auch hier, welche Fülle ungelöster Fragen gerade bezüglich des Einwirkens

[1] Bähr, Das bürgerliche Gesetzbuch und die Zukunft der deutschen Rechtsprechung, Sonderabdruck aus den Grenzboten. Derselbe formuliert das oben Ausgeführte zwar nicht als Vorschlag darüber, wie vorgegangen werden soll, sondern legt es nur als seine Meinung darüber dar, wie hätte vorgegangen werden sollen. Allein dies wohl nur deswegen, weil er die Realisierbarkeit solchen Vorschlages nach der Stellung, welche die Bundesratskommission ihm gegenüber voraussichtlich einnehmen würde, und bei dem geringen Interesse der Gesetzgebungsfaktoren für rechtswissenschaftliche Fragen bezweifelt. Vergl. Bähr in krit. Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 1 ff.

Digitized by Google

des Reichsrechtes auf das vorhandene Landesrecht[1]. Dieser Zustand in verhundertfachtem Maßstabe und verschärft bis zur Unlösbarkeit der sich aufwerfenden Fragen, das wäre das Ergebnis jener Stückgesetzgebung. Gegen die Unerquicklichkeit dieses Zustandes wäre der gegenwärtige Zustand so sehr vorzuziehen, daß durch sie der Gedanke der Rechtseinheit selbst dauernden Schaden nehmen müßte.

Eine zweite Ansicht geht dahin, daß zwar der Gedanke der Kodifikation nicht mehr verloren gehen darf, daß aber an ihrer möglichst frühen Fertigstellung sehr wenig gelegen ist. Die Zeit, zu welcher das Werk zu stande kommen solle, spiele keine Rolle. Zwar wäre jeder durch Trägheit oder Teilnahmlosigkeit oder störende äußere Einflüsse eintretende Aufschub eine Gefahr, nicht aber ein durch die lebhafte Anteilnahme der Interessenten an dem Gesetzgebungswerk bedingter. Wann das begonnene Werk der Kodifikation des bürgerlichen Rechts zu Ende gelangen werde, sei eine Frage von untergeordneter Bedeutung neben der Frage, wie es ausfallen werde,; daß es aber früher oder später zu stande kommen müsse, sei außer Frage[2]. Diese Ansicht unterschätzt die Gefahren, welche der Verwirklichung der Rechtseinheit drohen, sobald die Verhältnisse des Reiches sich nicht mehr der ruhigen, friedlichen Entwickelung erfreuen, deren bisher das junge Reich durch ein gütiges Geschick teilhaftig geworden ist, die aber nach menschlicher Voraussicht doch nicht in alle Ewigkeit währen kann, und sie unterschätzt ebenso die Bedeutung, welche die Thatsache der verwirklichten Rechtseinheit wiederum für die Kräftigung und Festigung des Reichsgedankens haben wird, eine Kräftigung, welcher derselbe vielleicht gegenüber ihm in der Zukunft drohenden Gefahren bedürfen mag. Jeder Schritt in der Verwirklichung der dem Reich durch seine Verfassung eröffneten Aufgaben schlingt ein neues Band um die Stämme des deutschen Volkes und befördert so die innerliche,

[1] Vergl. hierüber das überaus verdienstvolle Werk von Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze.

[2] Hölder a. a. O. S. 1, 2 und 160.

Digitized by Google

geistige Vereinheitlichung, welche allein die Gewähr für die Dauer des äußeren Zusammenschlusses bietet. Je mehr das Reich dem einzelnen gewährt, desto mehr hat es sich seiner versichert. Die Einheit des Rechtes aber ist nicht nur ein ideeller Fortschritt, sondern ein sehr reelles Gut und sein Wert wird jedem, dessen rechtliche Beziehungen über den engen Raum eines Rechtsgebietes hinaus in ein anderes (z. B. aus dem landrechtlichen in das gemeinrechtliche) hinüberreichen, recht deutlich fühlbar. Der Umfang solcher Beziehungen aber ist viel größer, als man für gewöhnlich anzunehmen geneigt ist[1].

Also es bleibt bei der Notwendigkeit einer Kodifikation und zwar einer solchen, welche in absehbarer Zeit ins Leben tritt. Daher ist selbstverständlich nicht daran zu denken, den Entwurf schlechthin fallen zu lassen und ein gänzlich neues Werk auszuarbeiten; denn sonst wäre für das nächste Menschenalter wohl die Vollendung ausgeschlossen. Auch kann ein Staatswesen eine solche Menge geistiger Arbeit und Kraft, wie sie bei Schaffung des Entwurfes aufgewandt worden sind, nicht ohne weiteres als zum guten Teil nutzlos verbraucht betrachten. Der jetzige Entwurf muß die Grundlage für das weitere Vorgehen bilden. Daß er in seiner jetzigen Gestalt Gesetzeskraft erlangen kann, erscheint allerdings kaum denkbar. Dazu ist der Entwurf zu wenig volkstümlich und zu doktrinär[2]. Um aber auf Grund desselben in nicht allzu ferner Zeit einen halbwegs brauchbaren Gesetzesvorschlag zu erhalten, erscheint folgender Weg als der angezeigteste.

Die Form, welche der Entwurf gegenwärtig aufweist, schließt zwei Gefahren in sich. Einmal die, daß die Gegnerschaft desselben und damit das Mißtrauen gegen unsere Befähigung zur Schaffung einer einheitlichen Privatrechtsordnung eine so allgemeine wird, daß dadurch der Gedanke der Rechtseinheit selbst

[1] Gierkes Ansicht darüber, was geschehen soll, damit die mühsame Arbeit nicht verloren sei — a. a. O. S. 904 — steht leider noch aus.

[2] Vergl. auch Dernburg, Pandekten 2. Aufl. S. VII.

Digitized by Google

gefährdet erscheint. Und des ferneren auch die, daß den zur Mitarbeit an dem großen Werk aufgerufenen weiten Kreisen nichtjuristischer Interessenten das Verständnis so erschwert, die selbstthätige Kenntnisnahme so verleidet wird, daß Äußerungen aus diesen Kreisen nur in spärlicher Weise zu erwarten sind. Ersteres wäre eine Gefahr für das Zustandekommen, letzteres für den sachlichen Gehalt des Gesetzes. Es handelt sich also zunächst darum, dem Entwurf eine volkstümlichere, weniger doktrinäre Form zu geben, eine Fassung, welche es auch weiteren Kreisen ermöglicht, Kenntnis zu nehmen von den Grundlagen, auf denen sich in Zukunft demnächst ihr Rechtsleben aufbauen, von den Prinzipien, nach denen sich in Zukunft ihre wichtigsten Beziehungen gestalten sollen. Es ist dies eine überaus schwere, aber sicher keine unlösbare Aufgabe. Mit Aussicht auf einen sicheren und raschen Erfolg kann sie jedoch nur so in Angriff genommen werden, daß ein einzelner mit der Umformung des gegenwärtigen Entwurfes betraut wird. Daß eine dazu geeignete Persönlichkeit in der höchsten Justizbehörde des Reiches gefunden werde, daran werden wir nicht zu verzweifeln brauchen. Eine Behörde, welche die für die Schaffung der Reichsjustizgesetze erforderlichen Kräfte zu stellen vermochte, wird auch der zu jener Überarbeitung erforderlichen Kraft nicht ermangeln. Noch hat immer die Erfahrung gelehrt, daß das Reich die Männer, die es für seine hohen Aufgaben brauchte, auch gefunden hat. Festzuhalten ist aber, daß die Aufgabe lediglich eine anderweite Redigierung des Entwurfes unter möglichster Wahrung seines sachlichen Gehaltes ist. Diese Arbeit könnte wohl in Jahresfrist beendet sein. Die Zeit dieser Umarbeitung wäre aber für die Kritik keine verlorene. Da der jetzige Entwurf in seinem materiellen Inhalt bei der Neuredaktion unberührt bleiben soll, so wäre für eine die sachlichen Grundlagen betreffende Kritik im großen Ganzen, auch nachdem die Umarbeitung beschlossen worden, nichts geändert: das Objekt der Beurteilung bliebe sachlich im wesentlichen erhalten.

Der fertiggestellte neue Entwurf wäre der Öffentlich-

Digitized by Google

keit zu übergeben und der Kritik ein Zeitraum von noch etwa zwei weiteren Jahren offenzulassen. Das von derselben beigebrachte, inzwischen gesichtete Material wäre dann einer Kommission zu unterbreiten, welche aus Männern des praktischen Lebens, aus juristischen Praktikern und Theoretikern zusammengesetzt sein müßte. Die juristischen Mitglieder aber müßten sich in der Minderheit befinden, einmal wegen des natürlichen, die geringere Zahl ausgleichenden Übergewichts, welches der Jurist in Gesetzgebungsfragen besitzt, zum andern, weil bereits in den übrigen Stadien, die der Entwurf dann schon durchlaufen hat und noch durchlaufen muß, der Jurist vollauf zum Worte gelangt. Im übrigen wäre die Kommission gleichmäßig mit Vertretern der verschiedenen praktischen Berufszweige zu besetzen. Den Vorsitz würde der Bearbeiter des neuen Entwurfes — schon als der mit dessen Inhalt am genauesten Vertraute — zu führen haben. Die Zahl der Kommissionsmitglieder dürfte — abgesehen vom Vorsitzenden — nicht größer wie zehn sein. Die Beschlüsse wären per maiora zu fassen; zu so unerwünschtem Ergebnis dies in einer einzelnen Frage auch führen kann, so ist es doch der einzige Weg, auf dem eine mehr als dekorative Anteilnahme der verschiedenen Lebenskreise nach den gegebenen Verhältnissen möglich ist; auch ist für die bösesten Unzuträglichkeiten, die sich daraus ergeben, ja nicht zu übersehen, daß es sich immerhin erst um Vorschläge handelt, an welche die Gesetzgebungsfaktoren noch überprüfend herantreten.

Für die Thätigkeit der Kommission läßt sich ein festbestimmter Zeitraum nicht in Aussicht nehmen, da das von derselben zu verarbeitende Material im voraus auch nicht annähernd zu übersehen ist. Jedenfalls wird bezüglich der aus nichtjuristischen Kreisen zu erwartenden sachlichen Beiträge mit dem Moment, in dem der neue Entwurf der Öffentlichkeit übergeben ist, eine erhebliche Zunahme stattfinden. Wie dem aber auch sei, schlechthin notwendig ist es, eine Maximalgrenze festzustellen, bis zu welcher die Kommission ihre Arbeit abzuschließen hat. Das hat etwas überaus Willkürliches und Gewaltsames, aber es ist

Digitized by Google

das einzige Mittel, zu verhindern, daß die Sache in ein Stadium der Verschleppung oder gar des Stagnierens kommt. Man wird dagegen einwenden, daß einer solchen Vorschrift gar keine materielle Bedeutung beiwohne; denn sei bei Ablauf des ihr bestimmten Zeitraums die Kommission nicht mit der Aufarbeitung des ganzen Materials fertig, so würde sie eben ihre Aufgabe nur teilweise erfüllt haben.

Allein dieser Einwand übersieht den psychologischen Druck, den eine solche Fristsetzung stets äußert; sie spornt zu besonders intensiver Thätigkeit an, hält immer die durch die gesetzte Frist notwendig gegebenen Grenzen, innerhalb deren sich die Arbeit der Kommission bewegen soll, gegenwärtig und verhindert insbesondere die Verirrung ins Kleinliche. Der Zeitraum, welcher der Kommission für ihre Arbeit freizulassen wäre, dürfte keinesfalls mehr als zwei Jahre betragen. Je nach Durchberatung der einzelnen Materien, bei welcher selbstverständlich auch die während derselben noch erfolgenden Äußerungen der Kritik mit zu berücksichtigen wären, würden die einschlägigen Beschlüsse von einer Anzahl dem Vorsitzenden beizuordnender Hülfsarbeiter in juristische, dem Ganzen sich einfügende Form zu gießen sein.

Nach Abschluß der Kommissionsarbeiten wäre es dann Sache des Vorsitzenden, auf Grund der Beschlüsse der Kommission und dieser Vorarbeiten der Hülfskräfte den dem Bundesrat vorzulegenden Entwurf endgültig festzustellen, was nach dieser Vorbereitung in verhältnismäßig kurzer Zeit geschehen könnte.

Darauf wäre die Sache an die gesetzgebenden Faktoren des Reiches zu bringen, von denen man sich wohl der möglichsten Beschleunigung versehen darf. Auf diese Weise wäre es möglich, die Sehnsucht des deutschen Volkes nach einer einheitlichen Privatrechtsordnung binnen längstens einem Jahrzehnt erfüllt zu sehen. Es mag sein, daß bei längerer Fristgewährung eine gründlichere Würdigung aller einschlagenden Momente möglich wäre, — eine recht erhebliche Verbesserung wird auch bei der verstatteten Frist herbeigeführt werden und eine erträgliche, gegenüber dem jetzigen Rechtszustand einen unzweifelhaften

Digitized by Google

Fortschritt aufweisende Rechtsordnung geschaffen werden können. Etwas absolut Unanfechtbares ist doch überhaupt nicht zu schaffen. Und müssen wir uns daher mit einem notwendig mit einer Anzahl Schwächen behafteten Werke zufrieden geben, um, so opfern wir das plus an solchen, welches die Kürze der zur Erörterung gewährten Zeit vielleicht mit sich bringt, auf dem Altar der deutschen Einheit. Das Opfer wäre zu groß, würde die Stärkung, welche dieselbe durch eine einheitliche Rechtsordnung erfährt, erkauft mit dem Erwachsen des vorliegenden Entwurfs zum Gesetz. Der auf dem angegebenen Wege überarbeitete Entwurf hingegen kann, wenn man bei der Auswahl der zur Mitwirkung Berufenen halbwegs eine glückliche Hand hat, eine so wesentliche Verbesserung aufweisen, daß die auch dann noch in den Kauf zu nehmenden Mängel nicht mehr als ein zu schweres dem Reichsgedanken gebrachtes Opfer erscheinen. Der Sieg aber, den der Reichsgedanke in der neuen Privatrechtsordnung über die partikulären Strömungen im Recht davonträgt, wird auch den Juristen, der sich das große Gesetzbuch des deutschen Volkes vielleicht so ganz anders vorgestellt, wie es dann vor ihm liegt, sich bescheiden lassen, wird ihn sich bald und gern befreunden lassen mit dem mühevoll Erreichten. Und freudig wird er an der Stelle, wo ihm so mancherlei, was ihm ans Herz gewachsen, begraben worden, von neuem zu rüstiger Arbeit anheben, um mitzuarbeiten an der großen Aufgabe der Zukunft: das in dem Gesetzbuch niedergelegte Recht auszugestalten und fortzubilden zu einer Ordnung, in der das deutsche Volk reichen Segen findet und glückliches Gedeihen.

Digitized by Google

Zuſammenſtellung

der erörterten Paragraphen des Entwurfs.

§	Seite	§	Seite	§	Seite	§	Seite
1	56	95	41. 49	196	18	314	197
2	11	96	68	197	19. 83	317	29
4	47	97	33. 41	198	20. 83	318	124
5	52	99	33	199	84	322/332	126
9/20.	197	100	70	205	123	326	17
9	31	102	71	206	85	329	28
10	52	107	26	207	16. 30	342	89
11	5. 30. 31	108	7. 64	210	30	344	85. 171
13	57	109	65	213	31	345	169
14	31	110	52. 65	215	189	349/350	169
17	31	111	65	218	49. 86	352	127
20	31. 48. 52	114	70	219	52	359	181
21	31	115	67	220	86	360	90
23/24	197	116	40. 61. 67	221	33	363	169
23	31	127	5. 61. 72	224	85. 181	368	50
25	7	128/131	15.	226	88	370	28
30	58		23. 26. 29. 76	227	88	380	90
32	58	132	23	229	20	393	127
34	58	133	18	231	88	396	90
41	52. 53. 59	134	23	232	89	397	47. 91
44	60	135	18. 23	234	38	407	47. 48
59	44	137	73	237	16. 85. 171	412	91
62	44	139	26. 27	240	123	413	91
64	7. 30. 42. 60	140	26. 74	249	47	414	91
65	25. 30. 60	141/142	15. 23	253	125	417	128
66	26. 30	143	75	262	125	421	93
67	47	144/146	32.	263	125	423	128
69	47		77. 78	275	50	437	93
72	61	153	196	276	50	439	188
73	61	154	79	282	26	454	94
74	122	158	19. 29. 33	290	125. 169	455	95
77	62	161	79	291	125	459	95
78	62	163	123	292	125	462	128
80	63	182	5	293	89. 196	471	50
81	61. 63	185	80. 122	294	36. 89. 197	480	180
82	47	186	81	295	50	486	32
86	61	187	52	296	169	487	32
87	63	190	52. 81	297	29	488/499	129
89	178	191	34. 82	300	36. 38	502	96
90	47	193	83	301	34. 191	503	96. 178
91	63	194	19. 83	313	29. 197	512	48

Digitized by Google

§	Seite	§	Seite	§	Seite	§	Seite
520	178	705	20	884	669	1059	28. 32
521	194	711/712	169	898	143	1061	197
522	178	763	131	905	143	1062	31
531	96	777	169	906	143	1063	169
536	194	778	101	929	104	1067	43
539	44	779	101	931	43	1071	148
548	193	780	47. 102	933	48	1078	148
549	97	781	172	936	43	1080	149
550	18	782	102	940	43	1082	149
552	30	783	103	941	144	1084	150
555	31. 50. 97	784	103	942	105	1086	151
556	30	786	172	947	145	1092	151
557	30	792	26	948	145	1100	151
559	98	793	29	951	145	1115	45
567	98	797/825	131. 140	952	32. 33	1118	48
569	129	802	132	954	32. 50	1135	32
570	90	803	133	961	32	1142	51
574	194	805	134	967	49	1145	32
583	30	806/808	135	970	106	1146	152
585	98	810	135	974	146	1151	152
586	30. 99	811	136	975	106	1156	180
590	30. 129	813	136	980	5. 30. 32	1158	180
594/597	5	814	137	981	20. 152	1161	149
599	44	815	138	983	197	1163	149
603	45	816	138	990	146	1190	153
604	52	818	138	991	179	1192	48
605	99	819	21	998	169	1193	146
614	99	821	28. 41. 138	994	179	1194	107
615	99	822	20. 139	995	179	1208	107
617	130	828	26	1007	179	1216	21
618	100	837	48	1011	28. 32. 107	1227	17
628	194	848	30. 103	1014	21	1231	183
629	100	849	104	1016	146	1232	183
630	130	851	30	1021	107	1233	108
631	29. 100	854	30	1023	49	1235	153
632	182	855	26. 29. 30	1026	147	1236	184
651	130	863	17. 31. 48. 188	1042	23	1238	41
654	45	870	26	1043	169	1245	45. 178. 185
656	29	871	28. 37	1044	32	1246	51. 169
659	179	874	197	1046	51	1249	35. 47
664	5. 191	876	42	1048	32	1251	30
668	101	878	52	1051	32	1252	153
670	130	883	142	1056	148	1254	154
671	47. 130			1057	148	1257	14. 52. 169
672	47						

Digitized by Google

§	Seite
1258	46
1263	154
1265	154
1270	44
1272	108
1278	68
1282	21. 169
1287	44
1294	47. 188
1299	21. 155
1300	189
1314	155
1319	155
1327	109
1339	192
1342	109. 169
1343	35
1344	156
1347	44
1353	28
1358	36. 110
1364	48
1367	44. 46
1369	173
1382	111
1384	51. 169
1389	169
1405	156
1409	111
1412	112
1413	112
1418	48
1426	44
1429	189
1437	21. 48
1439	187
1440	174
1445	193
1452	112
1459	113
1462	113
1466	113
1467	173
1481	157
1488	64
1498	114
1501	15
1502	15. 190. 194
1504	190
1505	190
1511	28. 44
1512	158
1523	47. 188
1533	31
1536	194
1538	15. 47
1543	15
1544	115
1553	195
1554	51
1557	174
1560	195
1567	44
1572	173
1582	196
1588	16
1596	115
1601	49
1611	176
1612	49
1617	159
1620	42
1621	159
1622	26. 159
1625	115
1626	159
1633	15
1636	16. 51
1639	176
1648	16. 190
1650	16
1651	28
1660	169
1662	185
1668	160
1669	22. 28
1670	21
1672	52. 185
1674	44. 157
1677	158
1681	25
1686	186
1688	186
1703	174
1704	174
1705	175
1712	175
1716	195
1721	160
1724	31
1729	177
1735	175
1737	175
1745	176
1746	180
1748	175
1749	15. 116
1750	116
1751	117
1753	48. 118
1755	118
1756	118
1759	118
1760	26. 119
1761	26
1762	117
1764	26
1768	161
1778	162
1781	162
1782	191
1788	163
1789	163
1793	164
1798	43
1804	15
1815	193
1816	45
1837	43
1838	45
1847	164
1850	119
1853	171
1865	165
1867	26
1869	26
1875	26
1876	166
1877	30
1889	169
1894	175
1898	30. 195
1905	169
1906	31
1907	31
1909	30
1916	49
1919	49
1925	6
1936	24
1954	49
1972	45
1975	166
1977	167
1978	167
1981	49
1983	47
1986	167
1994	167
2000	30. 119
2004	48
2025	15. 34 181
2026	15
2028	181
2031	49
2037	168
2042	168
2047	51
2058	187
2067	187
2071	187
2111	168
2157	49
2163	48

Digitized by Google